

INFLUENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA E INSTANCIAS SUPRANACIONALES EN LA TUTELA PENAL DE LA VÍCTIMA, EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL(*)

Prof. Dra. Dra. h.c. Silvia Barona Vilar

I- De la víctima ausente a la víctima presente

La larga historia del derecho penal y del proceso penal arrastra una palmaria ausencia de la víctima, fruto de una concepción ideológica política, y en gran medida religiosa, que impregnó siglos y siglos el significado mismo de la respuesta social penal. El transcurso del tiempo y muy probablemente los movimientos gestados en favor de las víctimas han propiciado un cambio tímido en sus orígenes, sobre la década de los años setenta, si bien poco a poco consolidado, en gran medida fruto de los impulsos que desde instancias supranacionales se han efectuado, dando lugar a la adopción de medidas que favorecen la incorporación de la víctima en el modelo de justicia penal moderno.

Se ha venido reiterando en la doctrina que una de las conquistas de la civilización en el ámbito procesal fue la consagración de la división de la tutela, según se tratase de conflictos interpersonales, con intereses privados, en los que las partes en el proceso eran las afectadas; y aquellos conflictos en los que los intereses sociales sustitúan a los particulares, produciéndose una expropiación de sus derechos por el Estado. En el primer caso las partes eran las dueñas del proceso, mientras que en el segundo, las partes directamente afectadas no existían, y en su lugar se hallaba la sociedad y así desapareció el propio concepto de “conflicto” o “disputa”, al producirse la “expropiación del conflicto” por parte del Estado¹. Se ponía fin a la concepción medieval de la llamada “edad de oro de la víctima”, en la que ésta

* Catedrática de Derecho Procesal, Universitat de Valencia

1 Redactado en el marco de los proyectos PROMETEO 2010-095(GV) y DER 2010-17126 (MICINN). HIGHTON/ÁLVAREZGREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Editorial AdHoc, 1998, p. 41, en la que estos autores manifiestan: “La idea de protección de bienes jurídicos que rige en el derecho penal consiguió reservar a favor del Estado demasiados ámbitos de poder de la víctima, al convertirlo en titular del conflicto: es que el concepto “bien jurídico” establecido por la doctrina penalista objetivó a la víctima, y así el derecho penal se pudo dedicar a su “protección”, a la protección de aquello que está más allá del daño real provocado a una persona y al control de los comportamientos que hacen peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social. En consecuencia, el conflicto quedó reducido a la relación Estado-súbdito; y en la versión procesal, a la persecución estatal-imputado. El desarrollo de la noción de bien jurídico contribuyó así a distanciar a la víctima de los órganos de justicia, pues la ley comenzó a ofrecer protección a favor de una entidad abstracta y no de un individuo”.

era la que asumía la reacción frente a las conductas delictivas (fuere ella o en su caso sus próximos); fue este el período de la venganza privada, en la que no existía diferenciación entre el derecho privado y el derecho público.

Esta expropiación estatal no fue, sin embargo, sino el resultado de una larga tradición histórica, dado que, en sus orígenes, a la sociedad, comunidad, organización política en suma, no le interesaba la persecución penal, sino que era el mismo ofendido el que instaba de las instancias oportunas la persecución de los delitos. Era la manera algo más avanzada de una situación que se hacía insostenible, a saber, la venganza privada de la víctima o de sus allegados, quienes respondían con el *ojo por ojo diente por diente* o a través de la denominada Ley del Talión, que fue poco a poco dejando paso a una idea evolucionada de venganza, consistente en que los intereses personales se sustitúan por los sociales, dando lugar a lo que podría denominarse como la venganza o revancha social; en suma, la justificación de la reacción social frente a la realización de determinados comportamientos que eran socialmente indeseables.

En la época medieval las ofensas se solucionaban mediante un tercero informal que intervenía entre víctima y victimario, y quien determinaba qué y cuánta reparación y controlaba que se efectuasen efectivamente los cumplimientos de la misma. Curiosamente cuando el amo feudal tomaba conocimiento de los pagos, exigía una participación del mismo, si bien no lo hacía personalmente, sino a través de un tercero, el “fiscal”, que intervenía en el proceso para recoger el porcentaje correspondiente para su amo;

de ahí la denominación del “crimen contra el Estado” y la responsabilidad hacia el Estado bajo la denominación de las multas². Poco a poco el Estado (comunidad) fue asumiendo la monopolización de la persecución de los comportamientos indeseables y, por ende, de la determinación e imposición, en su caso, del castigo pertinente. Con ello se fue dando paso a la consolidación de la acción pública, convirtiéndose el sistema penal en un instrumento del control estatal directo, y dedicándose un órgano específico a la promoción y desarrollo de la acción penal, cual fue el Ministerio Fiscal. Lógicamente todo ello vinculado a la configuración de la pena estatal como instrumento de control de los súbditos y, con ello, como manifestación coactiva estatal. Así, fue ganando terreno hasta afianzarse la idea de que los delitos se cometen contra el Estado y contra la sociedad y por ende son éstos los que deben reaccionar frente a las afrentas, aún cuando sean una o varias las personas directamente afectadas por el hecho. Con esta idea se fue conformando el sistema de persecución pública en manos del Fiscal.

La víctima fue desdibujándose en la persecución penal, ora por la evolución del modelo jurídico penal, ora por falta de interés de la misma en la persecución de los hechos –obviamente incentivada por una cultura jurídica que poco la integraba–, al abandonarse su posible reparación en el proceso y propender hacia la aplicación de la consecuencia jurídico-penal únicamente. Empero la teórica reparación del daño es solo una pequeña parte de lo que las víctimas necesitan.

Un dato especialmente significativo ha sido la falta de concreción conceptual que histórica-

2 HIGHTON/ÁLVAREZGREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, p. 43.

mente se ha tenido al denominar a las víctimas. Se han empleado indistintamente conceptos como sujeto pasivo³, perjudicado, agraviado y víctima, como si de lo mismo se tratara –que puede en ocasiones concurrir, o no, en la misma persona-. El ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal bajo la cual la acción u omisión objeto del proceso se subsume, siendo por ello el titular del bien lesionado o puesto en peligro por el delito. El perjudicado es sólo el que sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo pudiendo ser, en caso de homicidio, por ejemplo, un familiar de la víctima difunta. En suma, es posible emplear como figura genérica “víctima”.

En la década de los años setenta –aun cuando sus orígenes se remontan a los años cuarenta en EEUU y Canadá- se inicia un interesante movimiento tendente al “redescubrimiento” de la víctima, luchando contra lo que durante siglos se consideró como vivir en una *nada (vacío) legal*⁴. Aun cuando este movimiento se gesta esencialmente en los países anglosajones, va extendiéndose poco a poco a la mayor parte de los países europeos, que poco a poco van reivindicando un paso de la *ausencia* a la *presencia*. Ese movimiento se denominó *Victimology*⁵, siendo uno de sus principales objetivos científicos el “redescubrimiento” de las víctimas⁶. Las diversas posiciones mantenidas y las posibles

-
- 3 En tal sentido, QUINTERO OLIVARES, G., “La víctima y el Derecho Penal”, en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 16, considera que “la misma denominación “sujeto pasivo” tiene un perfume inevitablemente “bilateralista” e “individualista”, como si el delito pudiera compararse con un negocio civil o una relación de obligación tributaria. Pero en todo caso, la del sujeto pasivo del delito era y es una estrechísima manera de referirse a una potencial persona o personas que pueden llegar a verse atrapadas en el suceso criminal”.
 - 4 En la doctrina inglesa se le denominaba originalmente *legal nonentity*, al que se refiere FATTAH, E.A., “From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change”, en *Annales Internationales de Criminologie*, 29 (1991), No. 112, p. 45. Se tradujo al alemán este mismo término como *rechtlichen Nichts*, al que se refiere KILCHLING, M., *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim (MPI), 1995, p. 1.
 - 5 Se vino considerando que los padres de la misma fueron, por un lado, VON HENTIG, H., *The Criminal and his Victim. Studies in the Sociobiology of Crime*, New Haven, Yale University Press, 1948, junto a Benjamín Mendelsohn (*The Origin of the Doctrine of the Victimology*, 1963).
 - 6 Hubo quien en la doctrina ha sostenido el denominado *ius puniendi* de las víctimas, entendido como manifestación del derecho de acción penal, o lo que es lo mismo, el derecho a poner en marcha el proceso para ejercitar el derecho al castigo del culpable, mas allá del reconocimiento actual que se efectúa en nuestro ordenamiento jurídico del denominado *ius accusandi*, que es más restrictivo que el *ius puniendi*. Esta posición defensora del derecho de la víctima al castigo del autor del hecho se ha venido sustentando sobre los textos penales cuando se proclama el derecho de la víctima a perdonar de forma excepcional determinados delitos, lo que puede interpretarse en el sentido de que la víctima ostenta “cierto poder sobre el ejercicio del *ius puniendi*”, ora porque puede renunciar a la persecución de ciertos delitos que exigen instancia de parte, ora por el perdón. Incluso se ha sostenido que ese reconocimiento, siquiera fuere implícito, puede encontrarse en los textos internacionales y en algunas Constituciones, referido esencialmente al deber de castigar o si cabe el de legislar por los Estados para que se castiguen a los culpables de la comisión de hechos causados contra las víctimas, interpretándose como un derecho en relación con la exigibilidad de tipificación de determinadas conductas, siempre dentro del marco internacional que exige que las sanciones sean adecuadas, proporcionadas y disuasorias; algo así como el posible reconocimiento de la existencia de un deber internacional del Estado de castigar efectivamente determinados delitos. Posición ésta que implica, ante el incumplimiento del deber estatal, la pertinente responsabilidad internacional del mismo, que, hoy por hoy, no es asumible en el contexto internacional. Esta posición ha sido mantenida por SILVA SANCHEZ, J.M., “Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Derecho penal del Siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2008, pp. 357-358, quien considera además que ese reconocimiento del posible perdón de la víctima no es tanto una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.5 CP) cuanto una causa de exclusión de la responsabilidad criminal, dado que la responsabilidad todavía no se halla declarada al no haberse dictado sentencia.

coordinadas que las mismas ofrecen han supuesto un enriquecimiento esencial en el panorama penal que nos lleva a afirmar que toda cautela es poca, de manera que, frente a una posición reivindicadora de la posición de la víctima, hay que evitar el efecto pendular que lleve a la desaparición de lo público en la aplicación del derecho penal. Así, ALBRECHT considera nefasta la idea de la liberación de responsabilidad por parte del Estado, que lleva a fomentar el derecho a la autodefensa, generándose un sistema semi-estatal privado de justicia penal, en el que el control social es situado en la vanguardia del delito y todo ello converge hacia una indiferencia por los derechos fundamentales. *El estado, continua este autor, y las partes privadas van juntas como mecanismos para adaptarse con material proveniente del control preventivo. El discurso de la víctima enfrenta muchísimos problemas de legitimación política de tal desarrollo: el estado ejerce poder pero intenta oscurecer su ejecución con ayuda del discurso sobre la víctima...la privatización es solo un medio para crear más –incontrolable- Derecho penal. En este proceso, la víctima sirve como una herramienta para el objetivo político de fomentar la reducción de los derechos civiles*⁷.

Se trata, sin embargo, de alcanzar un replanteamiento de la posición de la víctima en el sistema penal en su conjunto, tanto en el

ámbito penal material como en el procesal⁸, ya desde una mayor intervención en el proceso penal –y no solo cuantitativamente hablando sino también cualitativamente- como a través de la incorporación no solo de *lege data* sino también de *lege ferenda*, de otras vías de tutela penal como puede ser la mediación, en la que se hace totalmente imprescindible la intervención de las víctimas.

II- El impulso desde las instancias supranacionales, en especial desde la Unión Europea

Ni que decir tiene que si bien los movimientos sociales e ideológicos fueron esenciales para el nacimiento de corrientes de opinión que incorporaron interesantes debates en torno al papel de la víctima y su posible recuperación en sede penal, todos estos influjos se dejaron sentir en foros internacionales y supranacionales. En este contexto la necesidad de pensar en la víctima en el modelo de justicia penal de los Estados ha generado propuestas de interés que pasan por medidas de justicia restaurativa y que incorporan procedimientos de conciliación y mediación, que permiten equilibrar los intereses individuales en juego en la justicia penal, los de las víctimas y los de los victimarios, sin renunciar a la defensa de los intereses sociales.

7 ALBRECHT, P-A., "La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal", en la obra colectiva *La víctima en el sistema penal* (SCHUNEMANN/ALBRECHT y otros), ct., pp. 56-58.

8 El discurso dogmático que nos ha presidido de forma cuasi-omnicomprensiva a lo largo del Siglo XX se ha caracterizado por una preocupación obsesiva y diríamos que unilateral –probablemente motivada por un arrastrado estigma de complejo derivado de las consecuencias reaccionarias de los estados totalitarios de esa época- por defender las garantías del imputado en el marco de la tutela penal; olvidándose, en todo caso, de que es perfectamente asumible el equilibrio que lleve a la defensa de los derechos del imputado y a la garantía de ofrecimiento de posible respuestas –plurales y que entrarían en un amplio abanico que iría desde la opción por la pasividad hasta la asunción de una posición totalmente participativa- a las víctimas, como implicadas inevitablemente en el "hecho" criminal.

En línea con lo expuesto han sido diversas las acciones desarrolladas en el seno de Naciones Unidas, en el Consejo de Europa y en el marco de la Unión Europea. A ellas vamos a referirnos:

1.- Un punto de partida importante fue el VI Congreso de la *ONU* para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente que se celebró en Caracas, recomendándose a los estados miembros la elaboración de las directrices necesarias para el tratamiento de las víctimas desde el orden internacional, lo que llevó a que en el VII Congreso para la prevención del delito y tratamiento del delincuente (Milán, agosto-septiembre 1985), se recomendara a la Asamblea General la publicación de la declaración, a partir de la cual se ha visto en la doctrina un cambio en la posición de la víctima, volviendo a considerarla como una de las dos partes en el conflicto⁹.

Dicha declaración se aprobó a través de la *Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985*. Se dice que esta declaración fue el punto de inflexión en virtud del cual las víctimas dejaron de ser las grandes olvidadas del sistema de justicia¹⁰. Se reconocen los derechos de información, participación, asistencia, protección y reparación/indemnización. Precisamente y en relación con este último derecho -reparación e indemnización-, se prevé que los delincuentes o los terceros responsables de su conducta deban resarcir de forma equitativa a las víctimas, a sus familiares y a aquellas personas a su cargo.

Y se hace referencia al contenido de este resarcimiento, que puede consistir en la devolución de los bienes o el pago por los daños sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos, todo ello sin perjuicio de la posible consideración de que se considere el resarcimiento como sanción penal en la sentencia (art. 9). Y en defecto de este resarcimiento privado, si no es suficiente la indemnización, se prevé que la misma se cubra con cargos públicos (arts 12 y 13).

Ahora bien, la situación en el marco de las Naciones Unidas puede encontrar un punto de partida previo, dado que en textos internacionales anteriores ya se hacía sentir ese punto de inflexión que permitía prever un cambio inmediato. Así:

En primer lugar, la *Carta de los Derechos Humanos, de 26 de junio de 1945*, en cuyo artículo 34 (Capítulo VI) se enumeran para la resolución de controversias “*la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos a su elección*”.

En segundo lugar, la *Convención sobre la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984*. En el artículo 14 dispone: “*Todo Estado velará porque su legislación garantice a la víctima...la reparación y el Derecho a una indemnización justa*”.

9 Puede verse en relación con esta cuestión, FATTAH, *Victimology: past, present and future*, en *Criminologie*, volumen 33, nº 1 (2000), *La Victimologie: quelques enjeux*, Les presses de l'Université de Montreal, p. 26. Asimismo, LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 62 y ss; y TAMARIT SUMALLA, J.M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, Justicia penal y justicia reparadora*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 166 y ss.

10 VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, Justicia penal y justicia reparadora...*, cit., (con TAMARIT SUMALLA), p. 167.

Y, en tercer lugar, *Declaración de 1985 sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y abuso de poder*, que en sus artículos 4, 5, 6 y 7 se expresa con contundencia. Así: El artículo 4 disponía: “*las víctimas...tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño sufrido*”; El artículo 5: “*se establecerán o reforzarán cuando sea necesario, los mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procesos oficiales u oficiosos, pero costosos y accesibles*”; el artículo 6: “*Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas*”; y finalmente el artículo 7: “*Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas*”.

2.– El siguiente hito se produce en el seno del *Consejo Europa*, mediante la *Resolución (77) 27, sobre indemnización de las víctimas del delito, adoptada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977*. Fue la antecesora del *Convenio europeo sobre indemnización de las víctimas de delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983*. Se prevén diversos sistemas de indemnización pública para las víctimas de delitos internacionales de violencia cuyo autor sea desconocido o carezca de medios para poder hacer frente a la misma. Se pide a los Gobiernos de los Estados Miembros que fomenten que se facilite la indemnización a la víctima por parte del delincuente, convirtiéndose ésta en medida sustitutiva de la pena privativa de libertad.

Un año anterior se había aprobado la *Resolución (76)10, de 9 de marzo, sobre*

medidas alternativas a la pena privativa de libertad. En ella se recomendaba examinar nuevas medidas de sustitución frente a las penas de tal naturaleza, citándose a título de ejemplo el trabajo en beneficio de la comunidad, beneficioso para el delincuente, en cuanto le permite purgar su sanción al servicio de la comunidad, y también lo es para la comunidad misma, al contribuir activamente a la resocialización del delincuente, aceptando el trabajo benévolo. Y, por supuesto, la misma aprobación del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en 1950*, que asume como procedimiento para el buen funcionamiento de su sistema de garantías el de la mediación.

3.– Destaca a este respecto la *Recomendación núm (83)7, de 23 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, que aconseja a los Gobiernos de los Estados Miembros que fomenten la discriminación y medidas posibles para su adopción, especialmente en relación con los jóvenes delincuentes, referenciándose como sustitutiva de la pena privativa de libertad la posible reparación a la víctima. Y se orienta a potenciar en la medida de lo posible la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales tendentes a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima, considerada como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad.

4.– Poco después se aprueba la *Recomendación núm R (85)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho Penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1985*, que recomienda a los Gobiernos de los Estados Miembros examinar las

posibles ventajas de los procedimientos de conciliación y mediación, con participación activa y voluntaria del delincuente y la víctima, y la ayuda de una tercera parte imparcial, el mediador. Y en este sentido esta Recomendación incide en la reparación e indemnización como vías de compensación a la víctima, haciendo referencia a la posibilidad de que la misma pueda imponerse como sanción penal, en cuyo caso será ejecutada del mismo modo que las multas, teniendo prioridad sobre cualquier otra sanción pecuniaria impuesta al delincuente, e incidiendo en que la información acerca de los daños y pérdidas sufridos por la víctima deben considerarse a los efectos de determinar la forma y cantidad de la sanción en la sentencia.

5.- Merece destacarse igualmente la *Resolución 16ª del VII Congreso de la ONU de 1985 y las Reglas mínimas sobre medidas privativas de libertad o Reglas de Tokio, aprobadas por Resolución 45/110, de 1990, sobre restitución como una medida no privativa de libertad*. Se pide la consideración, a la hora de dictar sentencia, de los intereses de las víctimas.

Y en la Resolución 40/34, en su párrafo 5º disponía: *“se establecerán y reforzarán mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean rápidos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante estos mecanismos ...Se utilizarán cuando procedan mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluida la mediación, a fin de facilitar la conciliación y reparación a favor de las víctimas”*.

6.- La *Recomendación núm R(87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización de 17 de septiembre de 1987*, que recomienda a los Estados Miembros favorecer a las víctimas y sus familias, en especial las más vulnerables, una ayuda urgente para afrontar las necesidades más inmediatas, y asimismo se refiere a los derechos de las víctimas, entre los que de nuevo se hace referencia a la obtención de la reparación efectiva del perjuicio sufrido por parte del propio delincuente, aseguradores o cualquier otro organismo, y cuando sea posible, una indemnización del estado. Para garantizar la asistencia a las mismas se pretende que los Estados impulsen la creación, soporte y desarrollo de servicios orientados a la prestación asistencial de las víctimas, que impulsen el voluntariado, incrementen el gasto en servicios médicos y generales, impulsen la coordinación entre los servicios asistenciales públicos y privados, fomenten la creación de organizaciones nacionales que tengan por finalidad tutelar los intereses de las víctimas y adopten políticas e impulsen programas de mediación entre el infractor y la víctima.

Y asimismo quedaría complementada con la *Recomendación núm R(87)18, sobre simplificación de la Justicia Penal*, que recomienda a los Estados miembros potenciar la aplicación de los principios de discriminalización y de intervención mínima; adoptar medidas que favorezcan la simplificación de asuntos menores; y evitar, en la medida de lo posible, la intervención judicial en primer término. Para todo ello se recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el

autor y la víctima, cuando concurren las condiciones acordadas.

7.- Recomendación núm R (92)16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad, que considera que las sanciones y las medidas que se cumplen en la comunidad son modos importantes para combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión, cumpliéndose con ello un fin de desarrollar el sentimiento de responsabilidad para con la sociedad y, particularmente, con la víctima.

8.- El 2 de octubre de 1997 se aprueba el *Tratado de Ámsterdam* y sus disposiciones para la creación de un nuevo espacio judicial europeo, a partir del cual se aprobó el Plan de Acción de Viena del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptado el 11 de diciembre de 1998. En el mismo, además de contener varias referencias a las víctimas, se refiere a la necesidad de realizar un estudio comparativo de sistemas de compensación para estudiar la viabilidad de incluir un sistema a escala de la Unión.

9.- En 1998 se aprueba en Roma, en el marco de naciones Unidas, el estatuto de la *Corte Penal Internacional*, que contienen determinadas disposiciones altamente protectoras de las víctimas, entre las que cabe destacar los artículos 43.6, referidos a la existencia de una dependencia de víctimas y testigos dentro de la Secretaría de la Corte, el artículo 68.2 y siguientes, referido a la posibilidad de por protección a estos, celebrar las sesiones a puerta cerrada o presentar pruebas por medios electrónicos,

entre otras, o la posibilidad de ser oído y hacer observaciones las víctimas en la fase de juicio oral (art. 67.3) y también en relación con la reparación e indemnización los artículos 75 y 79 prevén disposiciones para la reparación e indemnización de los daños, pérdidas y perjuicios causados a las víctimas y causahabientes, así como la creación por parte de la Asamblea de Estados Partes de un fondo fiduciario en su beneficio, que pudieran estar integrados por sumas o bienes recibidos a título de multa o decomiso.

10.- El 23 de mayo de 1999 la Comisión presentó la *Comunicación al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social, sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea. Normas y Medidas*, que abordaba no sólo la posible indemnización sino también otras cuestiones tales como la prevención de la persecución, la ayuda a las víctimas, la posición de las víctimas en el proceso penal –tratándolas con respeto y dignidad, garantizándoles la protección de su intimidad y seguridad, la adopción de medidas para prevenir los riesgos de su victimización secundaria y el estudio de las ventajas que pueda ofrecer la mediación en causas penales-. Esta Comunicación sostiene que la mediación entre el delincuente y la víctima podría ser una alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador, en interés de las víctimas, y posibilita la indemnización del daño o la recuperación de los bienes robados al margen de un procedimiento penal normal. Precisamente, sobre la base de los contenidos de esta Comunicación, el Consejo Europeo de Tampere, celebrado en octubre de 1999, incluyó entre sus conclusiones la número 32, referida a la necesidad de elaborar unas normas mínimas para la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las

víctimas a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, incluidas las costas judiciales, además de la necesidad de crear programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección a las víctimas¹¹. Y asimismo en su punto 30º se refería, en el marco de la mejora a la accesibilidad de la justicia en Europa, a que los *Estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos*.

El *Parlamento europeo*, el 25 de abril de 2000 emitió un informe favorable a la Comunicación mencionada, en la que asumía favorablemente la aplicación del estatuto de la víctima, y sus derechos, a todos los residentes en el territorio de la Unión Europea que fueren víctimas de delitos, e insiste en que las ayudas a las víctimas no pueden reducirse a meras compensaciones financieras.

11.- Recomendación núm. R(99)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la *mediación en materia penal*, que establece unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal. Es uno de los textos más simbólicos en el ámbito que nos ocupa, junto con la Declaración de principios básicos de la ONU sobre el uso de la Justicia Restaurativa dentro de los procesos penales de 13 de abril de 1999, dado que se pretende ubicar este movimiento en la lucha por los derechos humanos, en especial de los sujetos que intervienen en materia penal, víctimas y victimarios, y con especial referencia a los casos en los que son los menores los que se hallan involucrados. Se hace referencia

a la voluntariedad, a la confidencialidad, regulación legal de la mediación, autonomía respecto del proceso penal, establecimiento de guías o pautas en mediación, configuración de un servicio de mediación, mediadores, formación, etc. Prácticamente se viene a recoger cuantos elementos posteriormente se hacen necesarios para regular un modelo de mediación nacional.

12.- Resolución 26/1999, de 28 de julio, sobre elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restitutiva en materia de justicia penal, en la que se pidió a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que estudiara la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en materia de mediación y justicia restitutiva.

13.- Resolución de Naciones Unidas 53/243, de 6 de octubre de 1999, sobre la declaración y programa de acción sobre una cultura de paz. El artículo 1 de la misma proclama: “Una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida basados en...d) el compromiso con el arreglo pacífico de conflictos”. Asimismo, lo complementa lo que dispone en el artículo 3: “El desarrollo pleno de una cultura de paz está integralmente vinculado a:...a) La promoción del arreglo pacífico de conflictos”.

14.- EL X Congreso sobre Prevención del delito y tratamiento de la delincuencia, de abril de 2000, celebrado en Viena. En él se estableció la necesidad de que el concepto de Justicia Restaurativa debía ser un elemento fundamental de los debates sobre responsabilidad y equidad respecto a los delincuentes y a las víctimas en el proceso

11 VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Victimología, Justicia penal y justicia reparadora*, cit., p. 183.

penal de justicia. Así el proceso restaurativo se ofrece como una alternativa a las modalidades establecidas de enjuiciamiento y castigo.

15.- Resolución 14/2000, de 27 de julio, titulada *“Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal”*, en la que el Consejo pidió al Secretario General que solicitara observaciones de los Estados Miembros y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, así como de los institutos que integran la red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, sobre la conveniencia y los medios de establecer principios comunes para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal, incluida la conveniencia de elaborar un nuevo instrumento con ese fin, teniendo en cuenta los compromisos internacionales existentes con respecto a las víctimas, y en particular la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

16.- La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹², durante la presidencia portuguesa. Su objetivo lo constituyen la mejora de la protección jurídica de los derechos de las víctimas, así como el ofrecimiento de una asistencia integral a través de servicios especializados y organizaciones de apoyo. Y para ello establecen la necesidad de

que los Estados miembros vayan poco a poco incorporando en sus respectivos ordenamientos nacionales, disposiciones legislativas y administrativas para garantizar a las víctimas el reconocimiento de los derechos consagrados en el estatuto. Merece destacar que el artículo 10 dispone: los Estados Miembros *“procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”* y *“velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”*. Por su parte, el artículo 17 dispone que los Estados Miembros mantendrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en su artículo 10, antes del 22 de marzo de 2006. Esta Decisión pretendía otorgar un trato integral y articulado de las necesidades de la víctima, evitando soluciones parciales o incoherentes que pudieren llevar a una victimización secundaria, obviamente desde la necesaria armonización de las normas y de las prácticas de los diversos estados miembros en lo atinente a la observancia de los principales derechos de las víctimas, sin que ello implique la obligación de garantizar a las víctimas un trato equivalente a las partes en el proceso. De ahí que se insista en la organización del estatuto de las víctimas en torno a cuestiones como la información, la participación, la asistencia, la protección y la reparación-indemnización¹³.

12 Interesante libro que aborda el estudio de esta Decisión y en general la normativa europea sobre la protección de víctimas especialmente vulnerables es el de *Código de Buenas Prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables. Menores y víctimas de violencia de género*, coord.. ARMENTA DEU, T.,(AAVV), Colex, 2011.

13 Puede verse TAMARIT SUMALLA, J.M., *“¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?”* en TAMARIT SUMALLA, J.M., (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 35 y ss.

Los Estados miembros debían transmitir a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión, en este plazo –había otros para el cumplimiento de otras recomendaciones pero el de 2006 lo era para la mediación-, el texto de las disposiciones que incorporasen a su ordenamiento jurídico nacional las obligaciones que se imponían en la Decisión marco, debiendo el Consejo en el plazo de un año a partir de los determinados plazos, evaluar las medidas adoptadas a tal fin, sobre la base del informe elaborado por la Secretaría General, que contaría con los textos de los estados miembros y con un informe escrito de la Comisión cuya elaboración se prorrogó hasta el 25 de marzo de 2003¹⁴; este informe está basado en el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo. Por esa razón se ha producido un retraso en el calendario establecido.

17.- Libro Verde sobre indemnización a las víctimas de delitos, de 28 de septiembre de 2001, presentado por la Comisión a partir de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere¹⁵. Se centró en el ámbito de las indemnizaciones estatales, analizando las diversas formas vigentes en los estados miembros. A partir de aquí determinó los tres objetivos en que debería centrarse la futura acción comunitaria en este ámbito: en primer lugar, la necesidad de garantizar que las víctimas puedan obtener una indemnización estatal en la Unión; en segundo lugar, adoptar las medidas necesarias que limiten los efectos injustos derivados de la concurrencia de diversos modelos de indemnización en los estados miembros; y en tercer lugar, facilitar

a las víctimas el acceso a la indemnización estatal en situaciones transfronterizas, garantizándoles que su derecho no se vea influido significativamente por el lugar donde se perpetre el delito.

Los efectos no se dejaron sentir. Por un lado, el Dictamen favorable del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde, de 27 de mayo de 2002, incitando a la aprobación de una Directiva para el desarrollo de los tres objetivos expuestos. Y posteriormente el Parlamento Europeo en su resolución sobre el Libro Verde, de 24 de septiembre de 2002, también acogió favorablemente la iniciativa de la Comisión, insistiendo en la necesidad de adecuar las diversas vías de indemnización nacionales y de establecer sistemas mínimos de indemnización estatal a su favor.

18.- Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 7 de enero de 2002, sobre la reforma del sistema de justicia penal: logro de la eficacia y la equidad. La Justicia Restaurativa.

19.- Principios básicos sobre el uso de los programas de Justicia Restaurativa en los procesos criminales, de 18 de abril de 2002, que, en atención a las actividades anteriores, llevó a estas normas aprobadas por la Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal.

20.- Resolución 2002/44, sobre derecho a restitución, indemnización y readaptación de graves violaciones de derechos humanos y

14 SEC(2004)102/COM2004/0054 final. Puede consultarse en <http://europa.eu.int/celex>.

15 Puede verse GARCIA RODRIGUEZ, M.J., "Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo", en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 136-139.

libertades fundamentales. En la mayor parte de los casos todas estas proclamaciones de Naciones Unidas se hallan concatenadas las unas con las otras y son el resultado de un necesario dinamismo en la lucha contra la criminalidad y en la búsqueda de la solución más adecuada –eficiente y justa- para quienes se hallan inmersos en la misma, lo que obliga a reconsiderar la solución para apropiada no sólo para el sistema en sí sino también para las víctimas de estos hechos. En suma, se busca en la potenciación de la justicia restaurativa una manera diversa de responder ante los ciudadanos por el mismo Estado; una necesidad de reincorporar entre los fines de la Justicia penal nociones como la de reparación, víctima, solución pacífica, paz, etc.

21.- Directiva Europea 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos. Regula un sistema de cooperación entre las distintas autoridades de los estados miembros, que permite a la víctima dirigirse a una autoridad de su Estado miembro de residencia para solicitar la indemnización, pudiendo obtener información para resolver sus dificultades en el momento de plantear la solicitud. Se divide en tres apartados, destinando el primero a regular, en los artículos 1 a 11, el acceso a la indemnización en los casos transfronterizos; en el segundo, el artículo 12, a mencionar de forma sintética los diversos regímenes nacionales de indemnización, y finalmente, en el tercero, artículos 13 a 21, contiene las disposiciones encaminadas a garantizar la aplicación práctica de la Directiva.

En abril de 2009 se presentó un Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité económico y social europeo, relativo a la aplicación de la Directiva 2004/80/

CE del Consejo, sobre indemnización a las víctimas de delitos, y llega a las siguientes conclusiones sobre la aplicación de la Directiva en los Estados miembros:

1. Con respecto a los regímenes nacionales de indemnización requeridos por la Directiva, parece que los Estados miembros conceden una indemnización justa y adecuada a las víctimas de delitos dolosos violentos, con un grado sustancial de cumplimiento en todos los Estados miembros.
2. En cuanto a los aspectos procesales de la Directiva en relación con los asuntos transfronterizos, las autoridades de decisión y de asistencia tienen una opinión bastante positiva sobre el funcionamiento del actual régimen, incluidos los elementos como los puntos de contacto centrales, el uso de impresos uniformes, las lenguas y el uso de tecnologías de la comunicación, etc. Sin embargo, los solicitantes son mucho menos optimistas que las autoridades con respecto al proceso, dado que consideran en su mayoría que el procedimiento de solicitud es complejo y largo y que las barreras lingüísticas y la comunicación en general constituyen un importante obstáculo a la hora de facilitar las peticiones de las víctimas. Es por ello que en este punto la Comisión recomienda que el funcionamiento de la Directiva debería mejorarse.
3. Precisamente y en el punto de mejora, sugiere algunas indicaciones a los Estados miembros:
 - a.- Los Estados miembros deberían intentar recopilar datos sobre la aplicación de la Directiva para poder evaluar mejor la eficacia del proceso.

b.- En la medida de lo posible, los estados miembros deberían asegurar que los ciudadanos tengan facilidad de información sobre la Directiva y sobre los regímenes nacionales de indemnización, puesto que parece que son demasiados pocos los solicitantes potenciales conscientes de sus derechos.

c.- Los Estados miembros deberían asegurarse de que se respetan los requisitos establecidos en la Directiva con respecto a las lenguas con el fin de garantizar que el procedimiento resulte más eficaz para los solicitantes.

d.- Debe garantizarse la claridad y la transparencia en los elementos claves de los regímenes nacionales de indemnización. Esto afecta en particular a la cuestión de qué delitos están incluidos en los regímenes y qué lesiones están cubiertas por ellos. El Atlas y el sitio internet de la Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil contienen ya una gran cantidad de información sobre los regímenes nacionales de indemnización, pero debería estudiarse si se requieren esfuerzos para mejorar la información disponible sobre la Directiva y sobre los regímenes nacionales que se puede encontrar en dichos sitios internet.

22.- La Recomendación núm. (2006)8, de 14 de junio de 2006, sobre asistencia a las víctimas de las infracciones criminales, en cuyo Anexo, que reemplaza a la Recomendación 21, se ocupa detalladamente de las definiciones de víctima, victimización y victimización secundaria, de la asistencia, del papel de los servicios públicos, de los servicios de asistencia a las víctimas, del acceso efectivo a los recursos jurisdiccionales, de las indemnizaciones acordadas por el Estado, de los seguros

públicos y privados, de la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, de la confidencialidad, de la selección y formación del personal de los servicios, de la mediación y de la coordinación y cooperación internacional.

La labor realizada en el seno y desde las instancias internacionales no ha parado. Y precisamente en el ámbito de la Unión Europea la Comisión sigue preocupada por el trato que en la mayor parte de los países de la Unión se otorga a las víctimas, los derechos que tienen las mismas y sobre todo el grado de cumplimiento y efectividad de estos. Merece destacarse que recientemente la Comisión ha lanzado en línea una consulta que lleva por título *European comisión Victims' Package Consultation Document: taking action on rights, support and protection of victims of crime and violence*, en la que la Comisión intenta adoptar un paquete de medidas, incluyendo una Directiva o un mínimos de reglas, en la primera mitad del 2011 en relación con el desarrollo de acciones que pueden mejorar el nivel de la Unión Europea en relación con el tratamiento de las víctimas de delitos, dadas las especiales dificultades que éstas suelen encontrar en la obtención de información acerca de la vía a seguir, de los derechos que les asisten y de las autoridades competentes, además de plantear algunos problemas y posibles soluciones. Evidentemente es el interés constante de la Comisión por continuar evaluando la situación en los diversos países de la Unión y la posible adopción de medidas para mejorar la situación de las víctimas. Y precisamente uno de los ámbitos en los que se centra la Comisión es en el tema de la compensación y reparación, planteando la conveniencia de que las mismas fueren realizadas a las víctimas ya por el Estado o

por el delincuente, se plantea la posibilidad de reconocer en los ordenamientos la compensación simbólica, si incluye una compensación material por los daños materiales causados de forma inmediata por el hecho o aquellos que pueden generarse por el transcurso del tiempo. Igualmente se plantea la cuestión de si la reparación va más allá de la compensación económica, focalizándose en la posible recuperación y restitución de la víctima y si puede referirse a medidas tales como una posible disculpa o la realización por parte del delincuente de determinadas actividades para la víctima específicamente o para la sociedad en general. Es más, los estudios e informes realizados hasta el momento han indicado que las cantidades concedidas por compensación son altamente variables, que los procedimientos para solicitarla pueden ser complicados y excesivamente duraderos y, en el supuesto de la compensación por el autor a la víctima, ésta ha de buscar ella misma los medios para conseguir la ejecución de la compensación, careciendo de las garantías necesarias para tener certeza de conseguir recibir efectivamente el dinero.

Por todo ello, la Comisión plantea estas cuestiones, asumiendo que no son exhaustivas, pero cuyas respuestas por los interesados podrían ser altamente útiles para proponer medidas legislativas y no legislativas a los Estados miembros, con el fin de mejorar los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas. Cuestiones todas ellas que enlazan perfectamente con cuanto ha venido desarrollándose en el marco de la Dogmática penal, desde las actividades proyectadas y ejecutadas (algunas con

regulación legal) en los diversos países, algunos europeos y otros no, y nos ofrecen un magnífico soporte para poder adentrarnos en el análisis específico de la situación española, y en lo que a nosotros nos atañe, en la posibilidad de conformar, desde las realidades y los proyectos existentes en nuestro país, un procedimiento de mediación penal acorde con el debido respeto a los derechos de las víctimas, de los imputados y acusados por la comisión del hecho delictivo, de la sociedad en su conjunto. Habrá que analizar en el marco del nuevo Derecho Penal y de todo este conjunto de iniciativas internacionales de las que nuestro país no queda inmune, la mediación penal.

III- ...Y llegó la justicia restaurativa y la mediación penal

En las últimas décadas mucho se ha escrito en torno a la víctima, posicionándose la doctrina a favor o en contra de una presencia de la víctima, de una presencia activa o de una ausencia de ésta en el marco del sistema. En ese movimiento pro-víctima las posiciones han sido plurales, si bien a mi parecer no se debe luchar por la superposición de sujetos y derechos, sino por la integración de la víctima con los ya existentes, en cuanto no se trata de “reducir” derechos a los delincuentes para “entregarlos” a las víctimas. No se trata de una discusión en el vacío, sino que alcanza repercusiones de gran calado en otros componentes del sistema penal que llevan a alterar bases dogmáticas, de política criminal, y, por supuesto, de proceso penal declarativo e incluso de ejecución, alcanzando por ello, evidentemente, al modelo penitenciario.

1- Restorative Justice

En ese marco de discusión surge una nueva concepción basada en la filosofía restitutiva o restaurativa, que implica evidentemente un nuevo modo de repensar la justicia penal, desde la que se otorga la posibilidad al delincuente de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación del daño que se pudiere haber causado. BRAITHWAITE apostilla, sin embargo, llegando mucho más, en cuanto convertirlo en un estilo diverso de vida, dado que no sólo se concibe como una aportación hacia la reforma del sistema de justicia criminal, sino que *es un camino para transformar el sistema legal en su conjunto, nuestro estilo de vida, nuestra conducta en el ámbito laboral y la manera de actuar de los políticos*¹⁶, de manera tal que el mismo concibe la *restorative justice* como un proyecto intelectual y político mucho más ambicioso que lo que normalmente se ha venido considerando¹⁷. Este autor parte en su concepción de la necesidad de actuar frente a lo que el denomina como *"injusticia preventiva"*¹⁸.

No obstante, en la doctrina se ha venido considerando que la justicia retributiva y la reparativa o restitutiva son ambas especies de la justicia distributiva y ambas

se proponen generalmente como maneras de reconocer inteligiblemente el significado moral de la autonomía individual, lo que lleva a considerar que mediante ellas se restaura la distribución de los derechos existentes antes de que se produzcan los hechos, tanto como sea posible¹⁹. No se pretende la sustitución de la una por la otra, sino integrarlas²⁰, y en ese sentido si que acoge ese reconocimiento de la distribución de los derechos existentes antes de que se produzcan los hechos, máxime cuando a través de la justicia restaurativa también se está imponiendo una consecuencia jurídica negativa al autor de los hechos delictivos, que puede consistir en una conducta de devolución de lo robado, de expresión de arrepentimiento, de compensación económica a las víctimas, pero, en todo caso, una consecuencia que tiene un claro efecto retributivo²¹. Precisamente porque la justicia restaurativa es una forma de retribución se hace imprescindible encontrar una justificación moral, amén de ser objeto en profundidad de una reforma legal que delimite *in extenso* su naturaleza y la intensidad de la *restorative justice*²². En ella han confluído numerosas ideas, que tiene un nexo de unión que enlaza con los principios de la paz social y se vincula en cierta medida con una concepción religiosa

16 BRAITHWAITE, J., "Principles of Restorative Justice", en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconciliable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), Oxford, Prtland, Hart Publishing, 2003, p. 1.

17 BRAITHWAITE, J., "Principles of Restorative Justice", cit., p. 18. Insiste también en un valor añadido que comporta que la misma es un camino para conseguir que la ciudadanía respete y crea en la justicia.

18 BRAITHWAITE, J., "Principles of Restorative Justice...", cit., p. 5.

19 WATSON/BOUCHERAT/DAVIS, "Reparation for retributivists", en *Victims, offenders and community* (WRIGHT/GALAWAY), London, Sage Publications, 1989, p. 220.

20 SHERMAN, L.W/STRANG.H., *Restorative justice: the evidence*, London, The Smith Institute, 2007, p. 52.

21 En este mismo sentido también se ha manifestado en la doctrina inglesa DUFF, A., "Restoration and Retribution", en ", en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconciliable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), cit., p. 54.

22 En términos similares se expresó DIGNAN, J., "Towards a Systemic Model of restorative Justice: Reflections on the Concept, its Context and the Need for Clear Constraints", en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconciliable paradigms?*, (VON HIRSCH, A/ROBERTS, J ed), cit., p. 138.

humanista, así como con la *labelling theory* y la filosofía abolicionista o minimalista del derecho penal, inclusive de los más radicales de la criminología crítica, que han ofrecido ciertas dosis de cambio en el modelo penal tendentes a eliminar la visión reduccionista del individuo en la justicia penal.

El mayor auge de aceptación de estas manifestaciones de la justicia restaurativa se produce en los países del *common law*, a finales de la década de los años setenta en EEUU²³, y a partir de ahí no ha cesado de expandirse y de defenderse desde las diversas instancias nacionales e internacionales. En EEUU determinadas comunidades o grupos la potenciaron, como sucedió con las comunidades menonitas²⁴, quienes participaban de los principios de la justicia reparadora en su planteamiento de vida, asumiendo que es mejor resolver los conflictos y plantear colectivamente los comportamientos anti-grupo, siendo la comunidad la que controle la respuesta ante dichas conductas no deseables, que someterse a un poder judicial ajeno, extraño y al que muy probablemente no le otorgaban ningún grado de legitimidad. Son centenares los programas que se vinieron desplegando desde EEUU (el primero comenzó en 1978 en Elkhart, Indiana), y fue pronto objeto de réplica por numerosos proyectos de VORP²⁵ (*Victim Offender Reconciliation Project*). La sociedad americana de la década de los años

sesenta-setenta favoreció ciertas corrientes ideológicas que marcaron importantes hitos en la aparición y desarrollo de posiciones jurídicas que alteraron algunas de las bases clásicas de la justicia, fundamentalmente por la consagración de una ideología anti-sistema basada en la libertad, la paz, la naturaleza, la colectividad, el sentimiento social... propio de lo que fuera el movimiento hippie. Se genera el movimiento ideológico que, tras sus influencias filosóficas, dio lugar a las ADR (*Alternative Dispute Resolution*), que si bien su impacto y visibilidad fue mayor y tuvo mayor capacidad de expansión en el seno de las relaciones jurídico-privadas y en las económicas, fue poco a poco adentrándose en conflictos con implicaciones penales, como los primeros que se suscitaron como en el ámbito penitenciario o en el de la responsabilidad penal juvenil. Surgió desde aquí la justicia restaurativa, conectada con una incesante búsqueda de la intervención de la víctima en el modelo penal, con el interés por el diálogo y la aceptación por parte del Estado de un sistema penal no necesariamente preventivo²⁶. Y de ahí se potenció, a través de *conferencing o circles* en Australia, Canadá y Nueva Zelanda, donde coordinaba bien con las prácticas aborígenes²⁷. Estas experiencias trataban de incorporar una mayor participación de la comunidad, más allá de la víctima y el autor, a través del círculo de personas que podían tomar parte en el mismo.

23 ZEHR, H., "Justice paradigma shift? Values and visions in the reform process", *Mediation Quarterly*, vol. 12, n. 3, 1995, Jossey Bass Publishers, pp. 207 a 216.

24 UMBREIT, M.S., *Crime and Reconciliation: Creative Options for Victims and Offenders*, Abingdon Press, Nashville, 1985.

25 El modelo propugnado y continuado se basaban en la compensación entre los sujetos y la reconciliación posterior, siendo operado este procedimiento independientemente del proceso penal.

26 Algunas reflexiones sobre esta evolución pueden encontrarse en mi obra *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

27 BAZEMORE, G/UMBREIT, M., "A Comparison of four Restorative Conferencing Models", en *Juvenile Justice Bulletin*, departamento de Justicia federal de EUA, febrero 2001, pp. 1 y ss.

A estos proyectos les siguen diversas iniciativas europeas, especialmente las pertenecientes al modelo del *common law*, y más concretamente en Inglaterra y Gales²⁸, y posteriormente en Alemania²⁹, Francia³⁰, Noruega y Finlandia³¹, aun cuando con objetivos diversos y con resultados también dispares.

En suma, la justicia restauradora surgió en realidad como resultado de un conjunto de programas experimentales –en su mayoría en el mundo de la delincuencia juvenil o en los conflictos que pudieren implicar a grupos o comunidades– que pretendían dar respuestas a las falencias y limitaciones de la justicia penal consagrada, y precisamente en dichos programas se pretendían valorar la aplicación de estos conceptos reparadores y los efectos positivos y negativos que pudieren producir en los sujetos y en el sistema mismo. Es precisamente curioso observar como en todos los países, antes o después, la incorporación de la *restaurative justice* se produce como consecuencia de proyectos-

piloto y no como consecuencia de un cambio legislativo o una jurisprudencia previa.

Con el paso de los años y perdiendo cada vez más su configuración inicial desde el voluntariado, el modelo de justicia restaurativa, asentado en la idea de la reparación, se ha venido consolidando en la mayor parte de los sistemas jurídicos y con ella la necesidad de atribuir una distribución de funciones a los sujetos involucrados en el reproche penal social; es por ello que resulta interesante determinar cómo casar todo ello y convertirlo en una pieza más del sistema de tutela penal que el Estado debe ofrecer. Sin embargo, la primera pregunta que surge es ¿por qué comienza a hacerse necesario un cambio en el modelo tradicional penal y por qué encaminarse hacia un modelo de justicia reparadora o restaurativa³²?

En la doctrina alemana ya a finales de los años ochenta se cuestionaba los interrogantes que ahora planteamos. THOMAS WEIGEND³³

28 Puede verse más adelante la referencia específica, y para una lectura en castellano de algunos de estos proyectos en estos países puede verse el capítulo de MONTESINOS GARCIA, A., “Mediación penal en Inglaterra y Gales”, en la obra *Mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 85-124.

29 A la evolución alemana dedicamos un apartado específico *infra*.

30 Sobre los orígenes y evolución de la mediación en Francia puede verse BONAFÉ-SCHMITT, J.P., “Alternatives to the judicial model”, en *Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community* (WRIGHT/GALAWAY), cit., pp. 178-194. Este autor explica cómo inicialmente también en Francia aparece como proyectos alternativos, destacando el de *Conciliation Committee de Valence*, el de la *Association SOS Agression-Conflicts* en París, y el de *ACCORD Association* en Strasbourg. Para su desarrollo pueden verse especialmente pp. 185-192. Puede verse ETXEBERRIA GURIDI, F., “El modelo francés de mediación penal”, en *Mediación penal para adultos*, cit., pp. 181-234.

31 DAVIS, G., *Mediation and reparation in Criminal Justice*, Routledge, 1992, p. 16. En castellano puede verse ERVO, L., “Mediación en los países escandinavos”, en *Mediación penal para adultos*, cit., pp. 125-180.

32 ZEDNER, L., “Reparation and Retribution: are they reconcilable?” en VON HIRSCH/ASHWORTH, *Principled sentencing*, cit., p. 337. Esta autora sostiene que la reparación no es sinónimo de la restitución, sino que sugiere una importación sencilla de la norma civil a la penal. La reparación implica un mayor extensión, al incluir más allá de la recuperación por los perjuicios causados a la propiedad, al cuerpo o a la psique, y ello por cuanto exige un reconocimiento de los hechos y del daño causado como consecuencia de esos hechos a las relaciones entre la víctima y el delincuente y por ello el deseo de enmendar a la víctima su pérdida de la presunción de seguridad en sus derechos. En ese sentido también se manifiesta DAVIS, G. et al., *Preliminary Study of Victim-Offender Mediation and reparation Schemes in England and Wales*, 1987, p. 7.

33 *Deliktsofper*, 1989, páginas 232 y ss.

hablaba de desjudicialización en el tratamiento de los conflictos, con soluciones pacificadoras, con derechos de las víctimas, y no solo respecto de la compensación de los daños sufridos, sino también respecto de la posición de éstas en el modelo de justicia penal, lo que conectaba igualmente con la superpoblación penitenciaria y falta de medios. Poco a poco fue calando en la doctrina y así se llegó a delimitar las razones de la incorporación de manifestaciones de justicia restaurativa o reparadora en las legislaciones. Así:

1. En primer lugar, la recuperación de las víctimas en el marco del derecho penal y del proceso penal. Por ello se hablaba de que vivía en una *nada (vacío) legal*, en la *legal nonentitiy*³⁴, o en lo que la doctrina alemana denominó como *rechtlichen Nichts*³⁵. En suma, se trataba de convertirla en persona de derechos con igualdad procesal. Y en esa búsqueda de presencia, por un lado, y de igualdad procesal por otro, ha contribuido la aparición de la mediación y otros procedimientos en los que se pretende la comunicación de la víctima con el delincuente. Desde ella se pretende considerar que los hechos con reproche penal son cometidos por personas y afectan directamente a personas, de

modo que el elemento subjetivo aquí es esencial, mientras que en la justicia retributiva se focaliza el estudio sobre los hechos en cuanto violadores de normas y valores, relegando a un plano inferior los intereses de las víctimas como individuos no como sociedad, dado que la sociedad es lo que importa³⁶.

2. La aparición, quizás inclusive con anterioridad al fenómeno de la Victimología, de las teorías abolicionistas y de las minimalistas. A estos movimientos que cuestionaban la legitimidad del sistema jurídico penal nos hemos venido refiriendo, si bien resulta de interés en el punto en el que nos hallamos al hacer constar que los mismos no trataban de buscar una *política criminal alternativa*, sino una *alternativa a la política criminal*³⁷. Es una corriente teórico-práctica que hace una crítica radical a todo el sistema jurídico-penal, suscitando al respecto su desaparición y, por ende, su reemplazo. El sistema penal en su conjunto se considera como problema social en sí mismo y, por ello, la única solución que se considera adecuada es la de abolirlo³⁸. No se trata *per se* de una teoría acabada, ni siquiera responde a una única corriente de pensamiento, por cuanto diríase que en ella confluyen

34 FATTAH, E.A., "From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change", en *Annales Internationales de Criminologie*, 29 (1991), No. 112, p. 45.

35 Así le denomina KILCHLING, M., *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim (MPI), 1995, p. 1.

36 Estas y otras interesantes reflexiones en relación con los significados de la sistema de justicia penal clásica, asentada en la teoría distributiva, y la mediación y su simbólico significado en el marco de la justicia penal pueden verse en BUSSMANN, K.-D., "Morality, symbolism, and criminal law: cances and limits of mediation programs", en *Restorative Justice on trial. Pitfalls and potentials of victim-offender mediation...*, cit., p. 319.

37 BOVINO, A., "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en *De los delitos y de la víctimas*, cit., p. 263.

38 DE FOLTER, R., "La fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault", en AAVV, *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1989, p. 58.

una pluralidad de pensamientos ideológicos de origen diverso³⁹. Su germen se halla en la década de los años sesenta y en la lucha contracultural que en aquellos momentos se vivió en buena parte del mundo, algunos de los cuales como la *labelling theory* o teoría del etiquetamiento o la denominada criminología crítica, ya han sido en diversas ocasiones referenciados⁴⁰. Desde estas posiciones fue nutriéndose el abolicionismo penal, como corriente que esencialmente tuvo un peso importante en Europa, pero especialmente en los países escandinavos, en los que aparecieron sus mayores defensores, entre los que cabe destacar a Louck H. C. HULSMAN⁴¹, Nils CHRISTIE⁴² y a Thomas MATHIESEN⁴³.

Desde estas posiciones se ha provocado un interesante foro de debate que ha llevado a que desde instancias supranacionales se cuestionara el modelo clásico de justicia penal retributiva. Significativo fue en 1980 las propuestas que se lanzaron desde el Consejo de Europa en torno a los Problemas de la Criminalidad, haciéndose referencia a cuatro tipos de alternativas a la intervención de la justicia penal: 1°) Propender a un cambio en la evaluación social de la conducta indeseable o a un aumento en la tolerancia social frente a ella, siendo precisamente la decriminalización uno de los instrumentos de

esta política, tendiendo a que socialmente se evalúen los hechos desde otro prisma, aumentando la tolerancia social frente a ciertos hechos que, aunque son rechazables, comportan un coste negativo de ser asumidos por el sistema jurídico penal; 2°) La prevención técnica de la conducta indeseable; 3°) La reorganización social (económicas, familiares, etc); 4°) Cambios en las formas de control social, y se sugiere a este respecto una mejora de los sistemas administrativos, civiles, etc., que en ciertos casos no se emplean favoreciendo con ello el acceso a la vía penal, por las dificultades que aquéllos comportan.

Desde la mínima intervención penal se intenta la recuperación de la víctima en el sistema penal, a la que se le expropió su "conflicto" en su momento considerándole por estos autores como una especie de *perdedor por partida doble...frente al infractor, y después frente al estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto. El estado le roba su conflicto, un todo que es llevado a cabo por profesionales*"⁴⁴. Se propugna la devolución a las personas implicadas el manejo de sus propios conflictos, de manera que la víctima se reapodere de estos, expropiados por el estado, abogándose por la denominada justicia participativa, en la que puedan plasmarse explicaciones de ambas partes, intercambios, y en la que la compensación

39 SARRULLE, O.E., *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p. 50.

40 COHEN, S., *Abolicionismo penal*, Ediar, 1989.

41 HULSMAN, L.H.C., *La criminología crítica y el concepto de delito*, en "Abolicionismo penal", Ediar, 1989.

42 Interesantes son las reflexiones de este autor en sus obras *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, que fue la traducción de *Crime control as Industry. Towards Gulags, Western style?*, Universitetsforlaget, Oslo, 1993 (trad. Al castellano Sara Costa); asimismo, *Una sensata cantidad de delito* (trad. Cecilia Espeleta y Juan Iosa), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004. Defendió lo que vino denominándose como el minimalismo penal.

43 *La política del abolicionismo*, en "Abolicionismo penal", Ediar, 1989.

44 CHRISTIE, N., *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 126.

sustituya a la respuesta punitiva, pero sin que pueda afirmarse *a priori* una respuesta estereotipada, sino que cada problema debe recibir su propia solución. En suma, la víctima adquiere una función preponderante y protagónica. Y es en este contexto cuando comienza a incorporarse en los ordenamientos jurídicos un nuevo modo de pensar la justicia penal, desde la que se otorga la posibilidad al delincuente de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación del daño que se pudiere haber causado. Esta función restitutiva no sólo beneficia a las víctimas, sino también a los mismos delincuentes, en cuanto, lejos de ser considerados como descartables socialmente, debe ofrecérseles la oportunidad de enmendar sus errores. Aparecen conceptos como comunicación, consenso, paz social, etc, y el medio más adecuado para alcanzarlos no es un modelo de confrontación -el proceso- sino que debe buscarse otro cauce, siendo la mediación el mejor para alcanzarlo.

2- Mediación

En primer lugar, la mediación es un procedimiento extrajudicial en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de un conflicto penal, con intervención del mediador, reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar acción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario. Se trata de un medio de gestión del conflicto, instrumentalizado a través del diálogo y favoreciendo la reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo, lo que permite la minimización de la violencia estatal, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil.

Con todo es indudable que se ha visto en esta opción una posibilidad de revertir de manera altamente positiva en la sociedad a través del incremento de confianza en la administración de justicia penal. A través de la mediación se pretende poner mayor énfasis en la reparación del daño y en la prevención especial sobre la prevención general y la retribución. No obstante, debe afirmarse que la persecución de conductas no se extraen del ámbito punitivo del Estado, pero permiten la colaboración de los sujetos implicados en el hecho delictivo, lo que no afecta al principio de exclusividad de la jurisdicción penal ni afecta al monopolio estatal del *ius puniendi*, dado que serán en suma los tribunales los que van a controlar los resultados de la mediación y los que, en su caso, atribuirán o no eficacia jurídica a lo acordado en la mediación. Sigue por ello tratándose de un medio controlado judicialmente. Es más, lejos de considerarse como un medio de autotutela -prohibida en nuestro ordenamiento jurídico- estamos ante una modalidad autocompositiva intraprocesal que, a la postre, exigirá de una decisión judicial, ya para poner fin al proceso de forma anticipada -sobresimiento por razones de oportunidad reglada- o ya para poner fin al proceso a través de la sentencia.

Es posible hacer referencia a varias clases de mediación penal. De este modo, en atención a la manera en que se desarrolla la mediación penal, que puede ser mediación directa (*face to face*) o mediación indirecta y al momento en que se produce la misma, y su estrecha y posible vinculación con un proceso penal, pudiendo distinguir entre mediación preprocesal, intraprocesal, *postsententiam*, e incluso penitenciaria⁴⁵. La mediación, a

45 Puede verse mi libro *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 319-350.

mi parecer, no es alternativa al proceso, sino complementaria del mismo, por lo que debe estar vinculada a la existencia actual o futura del proceso penal, lo que no es óbice a la posible consideración de la mediación penal como alternativa en el caso del delito perseguible a instancia de parte de calumnia e injuria contra particulares o en las faltas de igual perseguibilidad, entre otras cosas porque el proceso penal en esos casos queda a la disponibilidad de las partes-víctimas.

En nuestro país la mediación penal está presente en la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, donde la mediación es un instrumento que permite llegar a acuerdos entre las víctimas y los menores responsables y condicionar la continuación del proceso penal al cumplimiento de las condiciones establecidas (reparación, sometimiento a tratamientos educativo...). Supone, porque la ley lo permite, la suspensión del proceso con archivo hasta que efectivamente se produzca el cumplimiento de las condiciones. Y asimismo cabría afirmar que son ya numerosos los proyectos piloto que se han desplegado en mediación penal para adultos, en unos casos impulsados por la Oficina de atención a la víctima, o a Institutos de criminología y en los más casos, impulsados desde el Consejo General del Poder Judicial, siendo conclusión de todos ellos, la necesidad de que se regule por ley la mediación penal, amén de incorporar una serie de preceptos en la LECRIM que permitan conectar el proceso con la mediación y en especial con el acuerdo que se adopte en mediación.

En la actualidad hay mediaciones penales pero sin las coordenadas jurídicas nece-

sarias, lo que no es óbice a la justificación de la misma sobre la base de las normas existentes que permiten, siquiera, fundamentar los proyectos de mediación. Así: 1.- Los preceptos de la LECRIM que permiten y regulan las diversas modalidades de conformidad en el proceso, incorporando esencialmente el principio de oportunidad procesal; 2.- Los delitos no perseguibles de oficio, en los que puede jugar el perdón del ofendido (delito privado art. 215, como en los semiprivados, art. 191, 201, 228, 287, 296, 620, 621 CP); 3.- El supuesto de atenuante genérica de reparación del daño (art. 21.5 CP); 4.- La posibilidad de imponer pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 CP); 5.- La posibles suspensión de ejecución de pena privativa de libertad (arts. 81 y 83.1); 6.- La posible sustitución de pena de prisión (art. 88); 7.- La determinación en ejecución de la pena privativa de libertad de la clasificación de 3 grado (art. 72.5 y 6 LOGP); 8.- La posible libertad condicional (regla general, art. 90.2 CP; y excepcional, art. 91.2 CP); 9.- Incluso cabría interpretar la bondad de incluir la mediación y posible reparación como instrumento para valorar el interés en la tramitación del indulto (art. 4.4. CP). Evidentemente, no se trata de que en estos preceptos se esté regulando la mediación, sino que a partir de ellas el legislador ha abierto la puerta a la incorporación de elementos restaurativos que pueden quedar mejor articulados si introducidos instrumentos de potenciación y viabilidad de las mismas, siendo la mediación uno de ellos. Asumiendo que no sería extraño incorporar de forma plena la mediación como instrumento de tutela penal, hay que sintetizar de qué manera habría que efectuar esta incorporación.

EN PRIMER LUGAR, una norma habilitante, LEY DE MEDIACIÓN PENAL, que regule: 1.- Qué es la mediación; 2.- Cuáles son los principios básicos; 3.- Elementos objetivos –limitación o no de delitos-; 4.- Elementos subjetivos; 5.- Procedimiento; 6.- Consecuencias derivadas del acuerdo o no de mediación. Sería en todo caso una ley competencia del Estado (art. 149 CE). No se trata tan sólo de regular un procedimiento marco sino de atribuir eficacia jurídica, inclusive procesal, a los resultados de la mediación –o inclusive a los no resultados, volviendo al proceso penal mismo-. Esta Ley podría ser desarrollada reglamentariamente por la Comunidades Autónomas, confi-gurando al efecto, el Servicio de Mediación, Registro de Mediadores... Y asimismo habría que aprobar un Estatuto del Mediador que recogiera las condiciones para ser mediador, los derechos y deberes, garantías de su función etc.

EN SEGUNDO LUGAR, habría que plantearse, en su caso, la modificación del CP, en el sentido de considerar qué es lo que se quiere de la reparación: consecuencia jurídica, es tipo de pena, es medida de seguridad o un *tertium genus* con autonomía propia que sirve para aminorar la pena por ejemplo. En la actualidad se vincula al artículo 21.5 CP (circunstancia que atenúa la responsabilidad criminal *haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima, o disminuir sus efectos* en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral). Este cambio, en todo caso, se halla en la tendencia político-criminal orientada a la víctima, lo que no ha sido óbice a sostener esta posibilidad de reparar con efectos altamente beneficiosos para los autores del hecho, como sucede con la vinculación y aplicación de, entre otros,

el artículo 88 CP (sustitución de pena de prisión que no excede de un año por otras, con reparación a la víctima y no ingreso en prisión). Es importante no solo incorporar la reparación, que ya está, sino efectuarlo desde la coherencia que supone asumir que el derecho penal cumple una función más allá de la prevención y que esa asunción está claramente recogida en el CP.

EN TERCER LUGAR, en la LECRIM habría que efectuar diferentes modificaciones, tendentes a determinar la vinculación con el proceso, en atención especialmente al momento en que se produce la derivación a mediación, así como los efectos jurídicos en el supuesto de que hubiere acuerdo y según el cumplimiento o no del mismo.

- a) En primer lugar deberá regularse la posibilidad de la suspensión del proceso, determinando si en cualquier fase procesal o no. Debe efectuarse remisión a la víctima y al victimario a mediación. La LECRIM debe establecer el plazo máximo de suspensión del proceso, conectando con ley de mediación que regula la duración máxima del procedimiento de mediación, sin perjuicio de la posible recomendación que puede existir de prórrogas.
- b) La LECRIM debe regular de forma diversa en atención al momento procesal en que se pueda llegar a producir la mediación. Así:
 - 1.- En la fase de investigación. En principio a instancia de Juez o Fiscal se efectuará la remisión al Servicio de Mediación. Se requiere aceptación de las partes en todo caso. Cabría la posibilidad de plantearse que fuere la Policía la que

recomendase acudir a mediación, pero para ello debería establecerlo la ley. Si finalizare la mediación con acuerdo se recomienda que la regulación procesal fuere la de atender a la homologación mediante auto judicial (aquiencia abogado-fiscal). Si se cumplen: auto de sobreseimiento (archivo). Si no se cumplen: continúa el proceso con formulación de acusación.

2.- La segunda posibilidad es tras la acusación, a saber, mediación en enjuiciamiento. Habría que permitir la suspensión del señalamiento de juicio con acuerdo del fiscal y juez, fijando plazo para la mediación con suspensión procesal. Si se llega a un acuerdo, se produciría una transformación procesal con abreviación, siempre que la ley así lo establezca. Igualmente podría conectarse con conformidad, con sus efectos, y habría que regular cuestiones tales como la posible terminación del proceso con homologación judicial, la incorporación del acta de mediación en una sesión oral con o sin necesidad de ratificación, la conversión del acuerdo en una sentencia de conformidad, y si no se cumplen las condiciones establecidas habría que regular la posible revocación de la sentencia

3.- Habría que analizar la posible regulación de la mediación tras la sentencia firme, regulando un posible acuerdo de reparación para sustitución o suspensión de pena, o la obtención de beneficios como libertad condicional entre otros. Podría en estos casos remitirse al Servicio de Mediación pero

siempre que la víctima quisiera intervenir. Si existiere acuerdo podría trasladarse al fiscal con homologación judicial a los efectos de ejecución.

4.- Cuando se tratara de acudir a la mediación para resolver conflictos que pudieran plantearse en cumplimiento del régimen penitenciario, habría que su incorporación a la LGP, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de que en este momento de ejecución pudiera hacerse uso en ciertos casos de la mediación a los efectos de aplicar los beneficios penitenciarios, debiendo encontrar a estos efectos la oportuna regulación que así lo permitiera.

En consecuencia, queda mucho recorrido en el marco de la mediación penal, aun cuando resulta muy interesante observar no solo los ya numerosos proyectos piloto realizados en torno a la mediación penal sino también las propuestas que se han lanzado, entre las que se encuentra el Anteproyecto de la LECRIM en el que se recoge igualmente la incorporación de la mediación en el proceso penal, pese a que el mencionado texto no haya llegado a más como consecuencia de la disolución parlamentaria. En suma, el camino aun es largo pero empieza ya a considerarse como una posibilidad la incorporación de este procedimiento basado en la libertad y que puede permitir siquiera alcanzar tres fines que hoy por hoy no ha sido capaz de conseguir el Derecho Penal: la tutela de la víctima, las garantías para el imputado y su posible resocialización, y la minimización del Derecho Penal incluyendo en la misma la posible credibilidad de la sociedad en la Justicia⁴⁶

46 Sobre la mediación penal y un desarrollo exhaustivo de la misma nos remitimos a mi libro *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.