

## *Mediación en conflictos en la jurisdicción penal ordinaria*

**Ansel GUILLAMAT RUBIO**

*Psicóloga*

*Equipo de Asesoramiento Técnico de los  
Juzgados Penales de Barcelona*

### *Resumen*

Este artículo recoge la utilización de la mediación como una medida de intervención alternativa para poder atender algunos de los conflictos que llegan a la jurisdicción penal ordinaria. Supone entender la mediación como una medida complementaria o alternativa en el proceso judicial. La mediación se concibe como medida que posibilita una comunicación entre víctima y delincuente que, con la ayuda del mediador, pueden llegar a acuerdos en aspectos referidos a la reparación, la restitución, la conciliación y a la posible prevención en el futuro.

*Palabras clave:* mediación, justicia penal, comunicación, reparación, restitución, conciliación, prevención.

### *Abstract*

This article reviews the use of mediation as an alternative measure for the resolution of some of the conflicts that reach ordinary criminal justice procedures. It involves understanding mediation as a complementary or alternative measure within the legal process. Mediation permits communication between the victim and the offender. With the help of a mediator, agreement can be reached on aspects such as reparation, restitution, conciliation and possible future prevention.

*Keywords:* mediation, criminal law, communication, reparation, restitution, conciliation, prevention.

---

La autora es Presidenta de la Comisión de Alternativas a la Resolución y Gestión de Conflictos (ARC) del Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña y miembro de ACDMA. *Correo electrónico:* anselg@teletel.es

La experiencia que da origen a este artículo ha sido posible gracias a la participación de la autora en la "Experiencia Piloto de Mediación y Reparación en la Jurisdicción Penal Ordinaria", realizada por la Dirección General de Medidas Penales y Justicia Juvenil del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña entre los años 1998 y 2000.

En los últimos años se están promoviendo iniciativas de justicia restauradora (*restorative justice*), como alternativas a las formas punitivas frente al delito. La justicia restauradora o retributiva se sitúa como una tercera vía entre el modelo de justicia retributiva más centrada entre crimen-castigo y el modelo de justicia rehabilitadora dirigida a la recuperación y la reintegración del delincuente. La justicia retributiva contempla en el delincuente la asunción de la responsabilidad y de las consecuencias de sus acciones y perjuicios a la víctima, haciendo copartícipe a ésta en la comunicación respecto a la reparación, la restitución. Asumir la responsabilidad, encontrar soluciones, firmar acuerdos y restablecer la paz son algunos de los rasgos comunes de la mediación y de la justicia retributiva (Peters, 1995).

Utilizar la mediación en el ámbito judicial penal supone un cambio de cultura, tanto de la sociedad, como de los profesionales que intervenimos en el sistema judicial.

Las instituciones sociales, como la familia, la escuela, o la comunidad, han perdido la capacidad para controlar los conflictos y han delegado en el sistema judicial (penal) la responsabilidad de imponer castigos, pero el sistema judicial ha ido a su vez generando que las víctimas se sientan doblemente víctimas, frustradas, impotentes y atemorizadas y que el delincuente o autor del delito esté lejos de ser rehabilitado o reeducado. Hace falta devolver a la sociedad civil su responsabilidad de resolver el conflicto. La mediación lo permite de varios modos:

*A la víctima:* le hace participar activamente y de forma voluntaria en la resolución del conflicto que le afecta (siempre dentro de las posibilidades). Sin

olvidar las diferentes características de delitos que recoge el ámbito penal, le permite poder ser reparada de los daños y perjuicios sufridos y recuperación de la tranquilidad personal.

*Al encausado:* le facilita la concienciación y el responsabilizarse de las propias acciones y consecuencias, así como la posibilidad de entender el delito y obtener beneficios previstos en el Código Penal.

*A la justicia:* le proporciona una nueva concepción, nuevas formas de respuesta penal con sentido educativo, promoviendo actitudes hacia la responsabilización y la reparación; le permite asimismo aplicar la atenuación o la sustitución de la pena, en aplicación del Código Penal.

*A la sociedad:* le da a conocer otras formas de reacción de la justicia, acercando la justicia a los ciudadanos, promoviendo nuevas formas para la resolución de conflictos y la prevención ante la repetición de los mismos o la aparición de otros nuevos; puede facilitar una disminución de la conflictividad social.

### **Evolución histórica de la mediación en el ámbito penal en otros países y en España**

Las primeras experiencias de mediación en el ámbito judicial penal surgen en el marco de determinados programas desarrollados en Canadá y Estados Unidos en los años 70. En su creación inciden varios factores, entre los que destacan: el cuestionamiento de la legitimidad del Derecho Penal que se efectúa desde corrientes abolicionistas, la creciente importancia de la víctima y de la reparación de los efectos

del delito, el tratamiento no estigmatizante del infractor-delincente y las posibles alternativas a la prisión.

Posteriormente surgen en Gran Bretaña, alrededor de 1977, varios programas de mediación, unos dirigidos a jóvenes y otros dirigidos a adultos, básicamente relativos a la resolución de disputas entre vecinos, peleas, insultos, violencia en la escuela, etc. El objetivo de estas experiencias, conocidas como *neighborhood justice*, era evitar los efectos negativos de una judicialización excesiva. Actualmente existen programas de mediación que se pueden aplicar antes, durante y después del proceso judicial, dentro de la *probation* o la libertad condicional.

Ha contribuido significativamente en la utilización de programas de mediación el que los *Probation Services* tengan la responsabilidad de informar en sus informes presentenciales sobre la situación de las víctimas y contactar con ellas antes de proceder a la libertad condicional de personas condenadas por delitos graves.

En torno a 1985 Holanda, Alemania y Austria inician las primeras experiencias. En Bélgica las primeras experiencias no se iniciaron hasta el año 1991; el año 1994, el parlamento belga aprobó la ley de mediación penal, que permite su práctica en delitos con penas inferiores a dos años. En Austria, la mediación penal se aplica indistintamente en la justicia juvenil o de adultos; los primeros proyectos, en 1980, fueron de justicia juvenil; en la jurisdicción de adultos, en 1992 se inició el primer proyecto piloto y posteriormente se han ido extendiendo; en 1999 el parlamento austríaco aprobó la ley que regula la jurisdicción penal de adultos. Estos proyectos se aplican mediante dos vías, la primera es que el fiscal desestime la apertura de un procedi-

miento judicial y, la segunda, con la condición de atenuar la pena en la sentencia, abrir la posibilidad a la suspensión de la condena, o contribuir a obtener la libertad condicional.

En Alemania las primeras experiencias tuvieron su inicio bajo la denominación de Programas de conciliación víctima-autor (*Täter-Opfer-Ausgleich*), de características parecidas a los *Victim Offender Reconciliation Programs* americanos. El nacimiento de estas experiencias estuvo influido, por un lado, por la creciente preocupación hacia la víctima del delito y la reparación del daño causado a la misma y, por otro, por la búsqueda de respuestas alternativas constructivas frente al infractor. El *Grupo de trabajo conciliación víctima-autor*, iniciado hacia los años 90 en Alemania, ha venido manteniendo reuniones anuales para impulsar prácticas tales como la mediación en el ámbito penal. En 1992 se creó un servicio especial de asesoramiento, financiado por el Ministerio de Justicia, para impulsar programas de esta naturaleza.

En Francia los primeros programas son de principios de los años 80 y se pusieron en marcha por iniciativa de las fiscalías de Valence y Grenoble, con la participación de oficinas de atención a las víctimas. Estas asociaciones de ayuda a las víctimas y de control judicial socio-educativo de los delincuentes fueron pioneras en Francia, considerando como fin el tratamiento y reparación de las víctimas y la reinserción de los infractores. En Francia, el Instituto Nacional de Ayuda a las Víctimas y de Mediación (INAVEM) agrupa la mayor parte de las asociaciones de asistencia a las víctimas y fomenta el desarrollo de la mediación, la formación de mediadores y la creación y aplicación de un código deontológico.

lógico para los mismos. En la ley de 1993 aparece el primer reconocimiento a la aplicación de la mediación penal. Existen actualmente instancias de carácter comunitario que llevan a cabo mediación penal, denominadas *Boutique de Droit*, orientadas a acercar la justicia a los barrios.

En España, desde 1990 a la actualidad se viene desarrollando el programa de reparación-mediación en justicia juvenil, impulsado por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. En noviembre de 1998 se inició una experiencia piloto anual en el ámbito de la judicial de adultos en las cuatro provincias catalanas, (Barcelona, Tarragona, Lérida y Gerona), en seis juzgados de Instrucción y en tres de Penal.

### Marco legal en España

El Código Penal de 1995 introduce diferentes puntos donde hace mención a la reparación de la víctima como circunstancia particular a tener en cuenta por el juez, el esfuerzo reparador del autor y también los criterios de prevención, reinserción y restablecimiento de la paz social. Si bien el Código Penal no hace mención explícita a la mediación como forma de reparación a la víctima, tampoco la excluye como instrumento o proceso a utilizar para conseguirla.

Sobre el contenido de la reparación, el artículo 110 del Código Penal, da tres posibilidades: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Será la propia naturaleza del delito la que determinará qué o cuales de las tres formas reparadoras serán las más adecuadas "para conseguir volver al estado anterior a la comisión del delito".

Se reconoce la atenuante genérica de la responsabilidad criminal (artículo 21.5)

como "haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a aminorar sus efectos" en cualquier momento del procedimiento antes del juicio oral.

El artículo 66.2, menciona: "Si el juez o tribunal aprecia la concurrencia de una atenuante y no incurre ninguna agravante, no podrá ultrapasar en aplicación de la pena la mitad inferior de la fijada en la ley para el delito".

Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes (artículo 66.4), o una sola muy cualificada, los jueces o tribunales de forma razonada podrán imponer una pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley.

Los artículos 83.1.5 y 88 también prevén la suspensión de la pena condicionada al cumplimiento de determinados deberes que el juez o tribunal considere convenientes para la rehabilitación social del condenado (reparación-mediación a la víctima) y la sustitución de las penas de prisión, el arresto de fin de semana o multa cuando la naturaleza del hecho, las circunstancias especiales del delincuente, su conducta y en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado así lo aconsejen.

En las Disposiciones Comunes Título XVI del Libro II del Código Penal, se recoge también la voluntariedad de la reparación para determinados delitos (ordenamiento del territorio, patrimonio histórico, medio ambiente, protección de la flora y fauna, etc.), con la aplicación de una atenuante en el grado de la pena.

Para una regulación jurídica de la mediación, deberían contemplarse los principios generales establecidos por la Comisión de Expertos de la Comisión Europea en abril de 1999.

### ¿En qué momento procesal se puede aplicar la mediación?

La mediación se puede aplicar, en fase de instrucción, es decir cuando el asunto está en el Juzgado de Instrucción, en fase prejudicial, (en el Juzgado de Penal o en la Audiencia Provincial) y en la fase posterior a la sentencia (en ejecución de la pena).

Atendiendo al principio constitucional de inocencia, mientras no se ha dictado sentencia es necesario, antes de iniciar un proceso de mediación-reparación, que el imputado haya reconocido los hechos y que su participación sea voluntaria. A la vez es necesario que el imputado esté informado en el ámbito jurídico y en relación con el Código Penal de qué le puede suponer su participación, así, como de que la valoración final corresponde al juez o tribunal.

Para que se inicie un proceso de mediación es básica la sensibilidad pro-mediación del juez y/o del fiscal ante una situación mediable, que éstos informen al presunto infractor de la posibilidad de participación en un proceso de mediación y cómo éste tiene como objetivo la restitución-reparación a la víctima. Posterior a la aceptación del imputado, será necesaria la aceptación de la víctima para poder iniciar la valoración de la viabilidad de la mediación por parte del mediador.

La mediación supone la participación voluntaria y activa de autor y víctima, en un proceso de mediación, conducido por un mediador imparcial, aceptado por las partes y orientado a la restitución-reparación de la víctima.

### Tipos de delito-tipos de conflicto

La mayoría de las experiencias de mediación en Europa recogen que no siem-

pre hay una relación directa entre la gravedad del hecho delictivo, según la tipificación formal, y la aceptación de las partes en participar en un proceso de mediación-reparación. De ahí la importancia de contemplar las características del conflicto desde una perspectiva amplia: gravedad del hecho delictivo, consecuencias a la víctima (daño físico, psíquico, material, etc.), forma en que se ha cometido el delito, si hay o no relación previa entre las partes, si hay o no necesidad de relación posterior, si hay alarma social, características del infractor y de la víctima, etc.

En la mayoría de las situaciones aquí tratadas se ha observado que no había una relación directa entre la *denominación del delito* según la tipificación del Código Penal y el *conflicto* entre las partes. Sí bien la tipificación penal era, por ejemplo, de amenazas, insultos, lesiones, abusos sexuales, estafa, robo con fuerza o con intimidación, etc., el conflicto, podía ser relacional (en un número importante de situaciones había relación entre las partes: amor-odio, venganza, rabia, celos, etc.), o personal (temores, miedos, etc.), o material (dinero, patrimonio, etc.).

Otras características significativas de las situaciones en las que se ha llevado a cabo la mediación eran la violencia intrafamiliar, (como delito: lesiones, amenazas, coacciones, etc.), los malos tratos psíquicos y físicos (agresiones, abuso sexual, etc.), la necesidad de relación posterior entre infractor y víctima, los vínculos afectivos vivos y la denuncia como emergente del conflicto.

El carácter preventivo y educativo de la mediación se evidencian al tratar estas situaciones en el ámbito penal. No obstante, sería necesario hacer estudios longitudinales para confirmar esta intuición.

### **Algunas cuestiones útiles para el mediador ante una situación mediable en el ámbito penal**

- Sabemos de qué delito se trata, (según la tipificación del Código Penal), pero no lo tendremos como foco principal.
- Contactaremos con las partes y valoraremos su situación y percepción en relación al conflicto.
- Valoremos de qué tipo de conflicto se trata, si hay precedentes, qué tipos de relación tienen las partes, qué solicitan las partes (necesidades e intereses): compensación moral, compensación material, buscar una solución rápida, tranquilizar, la conciencia, ventajas judiciales, etc.
- Valoremos la actitud positiva de las partes, la participación activa y honesta, la búsqueda de cambios y acuerdos positivos.

Volviendo a la denominada justicia reparadora, Jacques Faget (1997) resume así este tipo de justicia:

- El delito es concebido como una ofensa contra las personas y contra el Estado o contra las leyes.
- La justicia intenta identificar las necesidades y obligaciones de las personas en conflicto, en lugar de centrarse en la búsqueda de la culpabilidad.
- Se reconoce el sufrimiento de la víctima.
- El contexto social, económico y moral de la conducta es tomado en consideración en su conjunto.
- El acento se coloca en el futuro y no, como en la justicia retributiva, en el pasado.
- La justicia reparadora incentiva el diálogo y el acuerdo mutuo, busca los puntos comunes, organiza una coope-

ración por oposición a la justicia retributiva que alimenta el conflicto entre adversarios, acentúa las diferencias y organiza una competición.

- La relación entre víctima e infractor es primordial.
- Se otorga a las víctimas y a los ofensores papeles clave de responsabilidad en la resolución del problema; el Estado ya no tiene el monopolio de la respuesta penal, el proceso ya no es controlado por los profesionales.
- La justicia reparadora consagra un principio concreto de responsabilidad sobre el comportamiento posterior a la transgresión, mientras que la justicia retributiva consagra un principio abstracto de responsabilidad sobre el momento de la transgresión.
- Los ritos tradicionales de exclusión son sustituidos por ritos de inclusión que permiten asegurar la integración del ofensor en la comunidad.
- Mientras que en el sistema retributivo el mal hecho al ofendido es equilibrado por un mal infligido al ofensor, aquí el mal hecho por el ofensor es equilibrado por el bien que debe hacer en contrapartida.
- En lugar de pronunciar una sentencia, se hace posible el logro de un acuerdo.

Todas las experiencias habidas en otros países sobre mediación penal han tenido y tienen actualmente una valoración muy positiva, a la cual me sumo después mi experiencia en el ámbito penal y desde mi discreta posición como mediadora.

Es un ámbito en el que hace falta profundizar y ampliar experiencias, crear metodologías adecuadas y dedicar recursos y esfuerzo.

Apostar por vías alternativas a la resolución de conflictos, supone promover

cambios no sólo judiciales, sino conceptuales y culturales orientados a una sociedad más pacífica.

### Referencias

- Bonafé-Schmitt, J.P. (1995). *La médiation una justice douce*. París: Syros.
- Faget, J. (1997). *La médiation. Essai de politique pénale*. Paris: Eres.
- Giménez-Salinas, E. (1993). *La conciliación víctima-delincuente. Hacia un derecho penal reparador*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Grover-Duffy, K., Grosch, J. W. y Octczak, P.V. (1991). *La mediación y sus contextos de aplicación*. Barcelona: Paidós, 1996.
- Martín, J. (1999). *Les mesures penals alternatives a Catalunya, Europa i Estats Units. (Documentos CEJFE)*. Barcelona: DGMPiJJ.
- Peters.T. (1995). Mediación para la reparación. *Euzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián*.
- San Martín, B. (1997). *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos*. Vitoria: Gobierno Vasco.
- Varona, G. (1988). *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares.