

## La Mediación Penal Intrajudicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco: Consideraciones a la Luz de los Datos Ofrecidos por la Primera Memoria Elaborada tras la Aprobación, en junio de 2011, de la Última Versión del Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial

(Intrajudicial Mediation in the Basque Country: Some Reflections from the First Report Following the Last Version of the Protocol of Functioning of the Extrajudicial Mediation Services)

IGNACIO JOSÉ SUBIJANA ZUNZUNEGUI \*

Subijana, I.J., 2014. La Mediación Penal Intrajudicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco: Consideraciones a la Luz de los Datos Ofrecidos por la Primera Memoria Elaborada tras la Aprobación, en junio de 2011, de la Última Versión del Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial. *Oñati Socio-legal Series* [online], 4 (3), 351-368. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2363572>



### Abstract

This paper deals with the practice of penal mediation in the Basque Country. After a brief introduction on its regulation, an analysis is presented regarding the data of the last report of the mediation services. This report has been written after the approval, in June 2011, of the last version of their functioning protocol. The paper gets deeper into the criteria for the selection of cases derived to mediation, the kind of crimes dealt with restorative processes, the stage of the judicial process in which mediation takes place, the length of the different steps and the responses adopted in order to achieve reparation.

### Key words

Restorative justice; mediation; harm reparation; protocol of intrajudicial mediation

### Resumen

El trabajo aporta una reflexión sobre la práctica de la mediación penal intrajudicial en la Comunidad Autónoma Vasca. Para ello, tras una breve introducción de

---

Artículo presentado en el workshop "Restorative Justice in Terrorist Victimisations: Comparative Implications" celebrado en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, España, 11-12 April 2013, y coordinado por **Gema Varona** (Instituto Vasco de Criminología – Kriminologiaren Euskal Institutua) y **Helena Soletto** (Universidad Carlos III de Madrid).

Agradezco a Izaskun Porres García, coordinadora de GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación, la ayuda prestada en la elaboración de este artículo. Asimismo muestro mi gratitud a las profesoras Gema Varona y Helena Soletto por la invitación que me cursaron para participar en el Workshop del que emana este artículo.

\* Ignacio José Subijana Zunzunegui es doctor en Derecho, Magistrado y Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Coordinador GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación). Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Calle San Martín, 41. 2010 Donostia-San Sebastián. España.  
[ij.subijana@poderjudicial.es](mailto:ij.subijana@poderjudicial.es)



carácter normativo, se efectúa un análisis de la información aportada por la última Memoria elaborada tras la aprobación, en junio de 2011, de la más reciente versión del Protocolo de Mediación intrajudicial. En concreto, se examinan temas como los criterios de derivación de casos al Servicio de Mediación, los injustos sometidos a técnicas restaurativas, la fase procesal en que se produce la mediación, la duración del procedimiento de derivación y las respuestas acordadas en el mismo para lograr la reparación del daño.

**Palabras clave**

Justicia restaurativa; mediación; reparación del daño; protocolo de mediación intrajudicial

**Índice**

1. Introducción .....	354
2. La técnica del protocolo: en concreto, el protocolo de funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial de la Comunidad Autónoma Vasca .....	355
2.1. Criterios de derivación de asuntos al Servicio de Mediación .....	356
2.2. Injustos penales derivados a Mediación .....	358
2.3. Perfiles del victimario .....	359
2.4. Duración del proceso de mediación .....	361
2.5. Formación de los facilitadores .....	363
2.6. Fase procesal en la que se produce la mediación .....	364
2.7. Las respuestas obtenidas en la mediación.....	365
3. A modo de conclusión.....	366
Bibliografía .....	367

## 1. Introducción

Cualquier técnica restaurativa (mediación, círculos, conferencias, paneles) se desenvuelve en un contexto estructural y en un marco normativo.

El contexto estructural viene definido por el fundamento de cualquier espacio restaurativo: el principio de autonomía del infractor y de la víctima. Para ello es ineludible que el consentimiento para participar en una mediación (o en cualquier otra modalidad restaurativa) sea válido y consciente. La validez exige que no exista para la víctima un riesgo definido de victimización por temor a represalias o que no concurra entre las partes una asimetría de posiciones por abuso de poder en cualquiera de sus manifestaciones. En ambos casos, el consentimiento no es libre. La consciencia precisa de una información cumplida sobre el devenir de la mediación, sus posibles resultados y los procedimientos de supervisión de los acuerdos que se alcancen en la misma. La ausencia de información o las graves carencias en la misma hace que el consentimiento no sea un acto volitivo informado.

El marco normativo fija los límites de la mediación (o de cualquier otra modalidad restaurativa) al determinar qué tipo de delitos permiten este espacio restaurativo. Al respecto caben tres modelos; el directivo, que fija los injustos penales que pueden ser derivados a mediación (o a cualquier otra modalidad restaurativa); el prohibitivo, que indica qué tipos penales quedan excluidos de la mediación (o de cualquier otra modalidad restaurativa), y, finalmente, el habilitante, que permite que la mediación (o cualquier otra modalidad restaurativa) sea utilizable en cualquier delito. Los dos primeros modelos reflejan una confianza parcial en las técnicas restaurativas, dado que el legislador estima que únicamente son útiles para determinadas infracciones – a saber, las elegidas para permitir esta modalidad restaurativa, en el modelo directivo, o las excluidas de la prohibición de mediar, en el modelo prohibitivo-. El tercero supone un apoyo decidido a la mediación (o a cualquier otro modelo restaurativo), al estimar toda infracción penal como potencialmente mediable.

Siendo indiscutible el contexto estructural, conviene describir de forma sucinta el marco normativo dado que su contenido (o, más bien, la ausencia de un contenido regulador) justifica la existencia de un protocolo de mediación intrajudicial.

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por el que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos<sup>1</sup>, se adscribe al modelo habilitante, dado que no contiene una prohibición apriorística de la justicia restaurativa para ningún delito (Subijana y Porres 2013, p. 47). En su artículo 12 reconoce el derecho de las víctimas a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora, derecho cuya satisfacción precisa de los Estados miembros el cumplimiento de las siguientes pautas:

- La adopción de medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias.
- El establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de la derivación de casos a los servicios de justicia reparadora.
- El acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes que cumplan las siguientes reglas: que se recurra a los servicios de justicia reparadora sólo si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y que tales servicios se basen en el consentimiento libre e informado de la víctima, el cual podrá retirarse en cualquier momento; que se ofrezca a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los

---

<sup>1</sup> Es la última norma general de la Unión Europea en materia de víctimas. Sustituye a la Decisión marco 2001/AI del Consejo de 15 de marzo de 2001 sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.

procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo; que el infractor haya reconocido los elementos fácticos básicos del caso; que todo acuerdo se alcance de forma voluntaria; que los debates sean confidenciales y no se difundan posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior (comisión de ilícitos penales en el espacio de la mediación).

En la legislación española, el Derecho Penal de adultos no regula ninguna técnica restaurativa, ni siquiera la mediación<sup>2</sup>. Lejos de ello, la única regla normativa referida a la mediación es prohibitiva y se contiene en el artículo 87 ter. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) que prohíbe la mediación en todos los casos conocidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Esta prohibición, cuya razón frecuentemente argüida ha sido el intento de evitar una banalización de la violencia en la relación de pareja, es, en la actualidad, objeto de severas críticas al entender que resulta injustificada una prohibición apriorística de espacios restaurativos para este tipo de criminalidad. Por ello, se propugna una reflexión sobre la materia, debate que, en la doctrina especializada, transita ora por una admisión generalizada de las técnicas restaurativas en el tratamiento jurídico de la violencia de pareja, difiriendo al momento del análisis de cada caso concreto la determinación de si procede o no la misma (Tamarit 2012, p. 51), ora por una flexibilización de la prohibición fijando con carácter general las condiciones específicas que permitirían las técnicas restaurativas (Martínez 2012, p. 405), ora diferenciando las respuestas en atención al mantenimiento o cese de la relación de pareja (Barona Vilar 2012, p. 28).

## **2. La técnica del protocolo: en concreto, el protocolo de funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial de la Comunidad Autónoma Vasca**

La anomia existente en el ordenamiento jurídico español en cuanto a la regulación de una posible mediación penal de adultos ha provocado que la implantación de las técnicas restaurativas en el sistema institucional de justicia haya tenido lugar a través de protocolos o convenios de actuación. La heterogeneidad de los modelos implementados por esta vía<sup>3</sup> ha motivado que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su sesión del día 20 de diciembre de 2012, acordara constituir cuatro grupos de trabajo de expertos/as en los ámbitos familiar, penal, civil y laboral, a efectos de elaborar y actualizar los correspondientes Protocolos que sirven de base y guía para el impulso de los proyectos de mediación intrajudicial<sup>4</sup>.

En la Comunidad Autónoma Vasca el instrumento diseñado es el denominado Protocolo de Funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial (procedimiento de mediación penal) elaborado en julio de 2008 y cuya última actualización tuvo lugar en junio de 2011. En su artículo 2 se define la mediación como el procedimiento en el que, quienes aparecen como infractor y víctima de un delito o

---

<sup>2</sup> El Derecho Penal de menores sí regula, en cambio, la institución de la mediación. En concreto, el artículo 19.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), estipula que el equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima y perjudicado para, en su caso, posibilitar que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente, no ejerciendo la acusación. Para ello será necesario, además del examen de las circunstancias del hecho y del menor, que este último se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o perjudicado por el delito, o, finalmente, se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. También cabe que, tal y como establece el artículo 51. 3 LORPM, impuesta la medida por el Juez de Menores tras el juicio, en el seno de la ejecución de la misma se acuerde que quede sin efecto cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

<sup>3</sup> En el orden penal existía, a nivel nacional, un Protocolo elaborado por un grupo de expertos que fue aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 28 de enero de 2010.

<sup>4</sup> Este encargo ha quedado plasmado en la Guía para la Práctica de la mediación intrajudicial publicada, en octubre de 2013, como separata en la Revista del Poder Judicial.

falta, de una forma voluntaria, con la asistencia de un mediador neutral e imparcial, tratan de alcanzar, a través de la comunicación y el diálogo en un espacio de encuentro, una reparación del daño injusto causado por la infracción. De esta forma, concluye, se atienden a las necesidades de la víctima, se facilita la reinserción social de los infractores y se reconoce la vigencia de la norma penal como pauta válida para regular la convivencia social.

El presente trabajo tiene como referente la Memoria del Servicio de Mediación Intrajudicial referida al año 2012 (primer año de vigencia del nuevo protocolo) y se circunscribe al comentario de los siguientes temas: los criterios de derivación de asuntos al Servicio de Mediación, los injustos sometidos a mediación, los perfiles del victimario, la duración del proceso de mediación, la formación de los facilitadores, la fase procesal en la que se produce la mediación y las respuestas obtenidas en la mediación.

### *2.1. Criterios de derivación de asuntos al Servicio de Mediación*

En principio únicamente se excluyen de la mediación los delitos y faltas cuyo conocimiento compete a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La razón es estrictamente legal: la prohibición contenida en el artículo 87 ter nº 5 de la LOPJ. En cuanto al resto de infracciones penales, la decisión de derivar el caso concreto al servicio de mediación corresponde al juez o tribunal, quienes podrán hacerlo de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de alguna de las partes o, incluso, del propio Servicio de Mediación (artículo 5). Esta decisión judicial es sumamente trascendente en la medida que, o bien facilita, o bien cercena la facultad de acudir a mecanismos restaurativos en el seno del proceso penal. Y, en este campo, la falta de regulación legal –y el hecho de que, por mandato constitucional, los jueces únicamente estén sometidos al imperio de la ley ex artículo 117.1 de la Constitución Española, en adelante CE–, posibilitan que sea la confianza que el juez o tribunal concretos tengan en la mediación (es decir, la presencia o no en el ámbito judicial de una cultura restaurativa) la que condiciona el acceso de los casos a los servicios de mediación (Tamarit 2012, p. 49). De ser ello así, lo predecible en esta materia no provendría de elementos atinentes al tipo de delito cometido, a las características de las víctimas, a los perfiles de los inculpados, o la voluntad de quien aparece como infractor y víctima; por el contrario, dimanaría, más bien, de la mayor o menor afinidad del operador judicial con las técnicas restaurativas. Y es obvio que un sistema de tal naturaleza genera efectos deletéreos en el modelo constitucional de jurisdicción, dado que:

- Produce una quiebra de las exigencias de previsibilidad objetiva de la respuesta judicial.
- Alimenta los riesgos de una decisión arbitraria.
- Perfil, en términos incompatibles con la igualdad, la clase de prestación jurisdiccional a la que se tiene derecho (Varona 2012, p. 358).

De esta manera se produce un debilitamiento de valores constitucionales como la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) o la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE).

En este sentido, los criterios orientativos que el protocolo ofrece para justificar la derivación judicial del asunto al sistema de mediación, no obstante su laxitud, estimo que pueden servir para reducir los riesgos de arbitrariedad en la materia. Para alcanzar tal objetivo es preciso que, formulada una solicitud de derivación por una parte legitimada para ello (ya fuera el Ministerio Fiscal, otra parte procesal o el propio Servicio de Mediación), se motivase la resolución judicial que rechazase la derivación, tomando como argumentos la ausencia de todos o alguno de los criterios fijados en el protocolo.

Los criterios en cuestión son los que siguen:

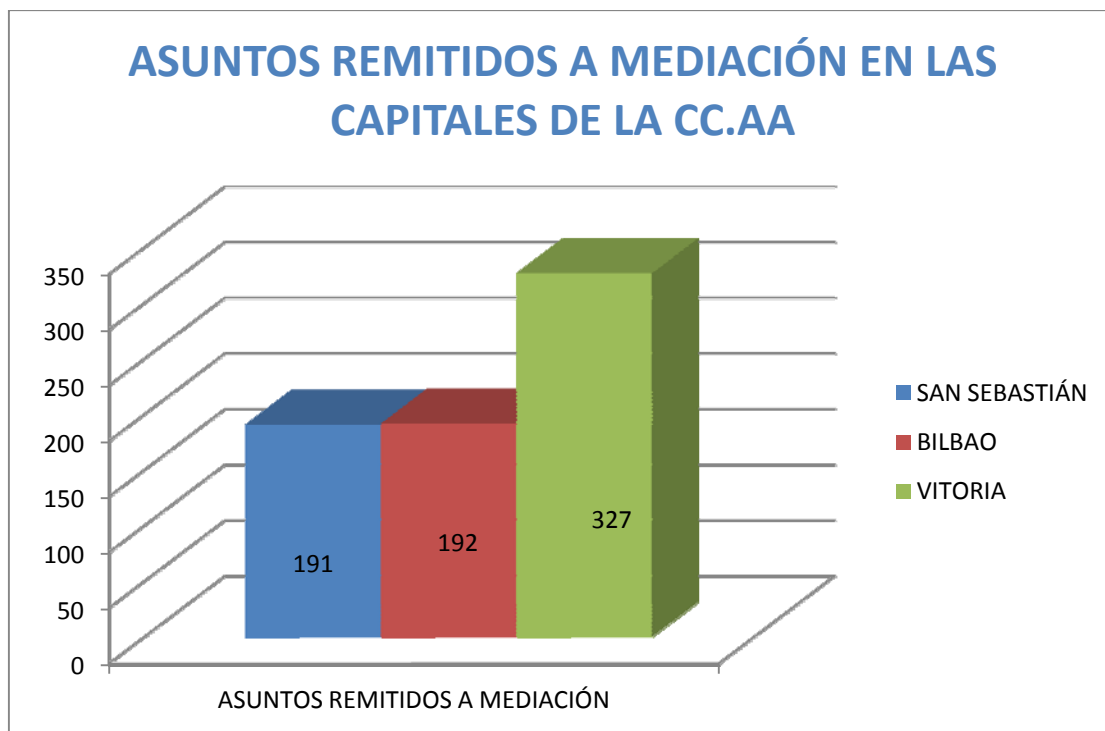
- Condiciones subjetivas de las personas que intervienen en el proceso, evitando la traslación de asuntos en los que exista una clara asimetría de poder entre el presunto infractor y la afirmada víctima. Ello no supone necesariamente una exclusión de las víctimas especialmente vulnerables de la mediación, Sí justifica, en cambio, un análisis específico del caso concreto dirigido a constatar que no existen elementos que pueden debilitar la libre voluntad de las víctimas.
- Significación subjetiva del hecho para las personas involucradas, atendiendo al contexto el que se produce el hecho y a la necesidad de reconstruir lo deteriorado por la infracción. Así, se valorará de forma especial para posibilitar la derivación del caso a los servicios de mediación, que la infracción acaezca en contextos de relación (familia, salvo los asuntos legalmente excluidos), en círculos de amistad, ámbitos vecinales o escenarios profesionales, o, finalmente, en espacios específicos (lúdicos, de ocio y deportivos, preferentemente). Son ámbitos en los que, según los casos, conviven, coexisten o coinciden las víctimas y los victimarios, lo que justifica una potenciación de la mediación como instrumento de pacificación.
- Posibilidad de resolver el conflicto causado por la infracción a través de un espacio de comunicación y diálogo facilitado por un mediador en el que puedan atenderse las necesidades de la víctima y apoyarse las opciones de reinserción social de los infractores. Aquí se valora de forma especial la posibilidad de acudir a la mediación con las víctimas directas, sin excluir, no obstante, la posibilidad de implementar en los delitos contra intereses supraindividuales respuestas autocompositivas a través de víctimas subrogadas o simbólicas.
- Existencia de un procedimiento penal que por su duración permita la implantación de la mediación, excluyéndose de este sistema, por lo tanto, los enjuiciamientos en el Juzgado de Guardia.

Sin embargo, la necesidad, para respetar los principios de igualdad ante la ley y seguridad jurídica, de exigir una motivación a la resolución judicial que deniega la derivación al Servicio de Mediación y el imperativo de que tal motivación, para ser calificada de razonada, se vincule a la presencia o a ausencia en el caso concreto de los criterios de derivación fijados en el protocolo tropieza con un obstáculo insalvable: el protocolo no es una norma jurídica vinculante. Consecuentemente, no forma parte de la legalidad a cuyo imperio está sujeto el juez o tribunal (artículo 117.1 CE).

Y lo cierto es que el examen de la Memoria del Servicio de Mediación Intrajudicial de la CAV correspondiente al año 2012 pone de manifiesto la enorme divergencia existente entre los órganos judiciales del orden penal a la hora de derivar asuntos al espacio de mediación. El gráfico<sup>5</sup> que se muestra a continuación así lo indica de forma elocuente, en la medida que Vitoria, que cuenta con siete órganos judiciales del orden penal es la capital de provincia que más asuntos deriva al Servicio de Mediación, superando a Bilbao, que cuenta, en cambio, con veinte órganos judiciales, y a San Sebastián que dispone de once.

---

<sup>5</sup> Los gráficos que se contienen en este trabajo han sido elaborados por Dña. Izaskun PORRES GARCÍA, Juez sustituta y Doctoranda en Derecho Penal, a quien agradezco su aportación.

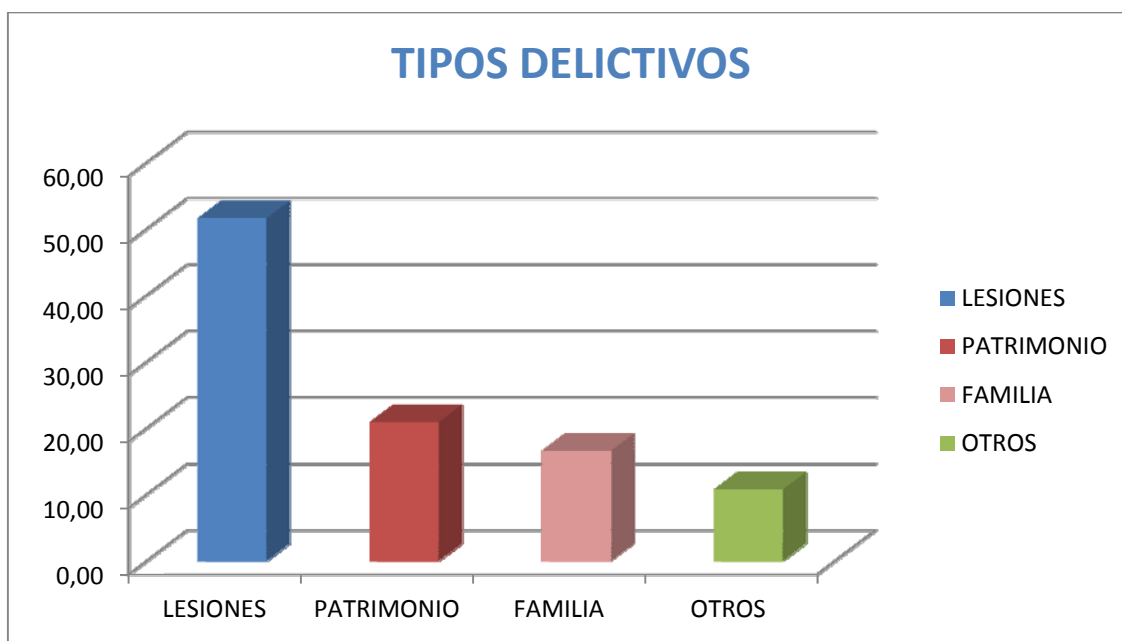
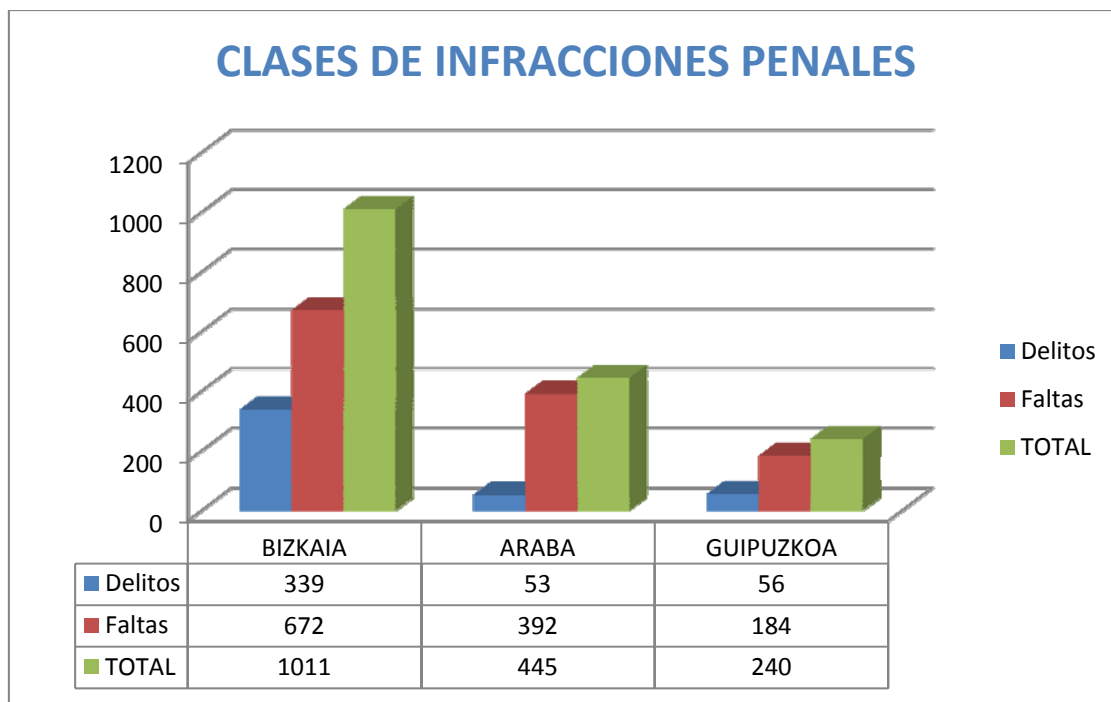


#### 2.2. *Injustos penales derivados a Mediación*

El análisis de los casos derivados a mediación refleja que los injustos que, de forma más frecuente, se ubican en el espacio de las técnicas restaurativas presentan las siguientes características:

- Constituyen mayoritariamente faltas (así ocurre en el 73,58 % de asuntos derivados a mediación).
- En el caso de delitos, éstos tienen a la integridad corporal (lesiones, el 51,64%), al patrimonio (hurtos, robos, apropiaciones indebidas-estafas, el 20,94%) y al sistema familiar (amenazas, coacciones, abandono de familia, el 16,02%) como intereses jurídicos tutelados,
- Y presentan algún tipo de interacción previa a la comisión de la infracción penal entre victimario y víctima (esto ocurre en el 74,78% de los casos).



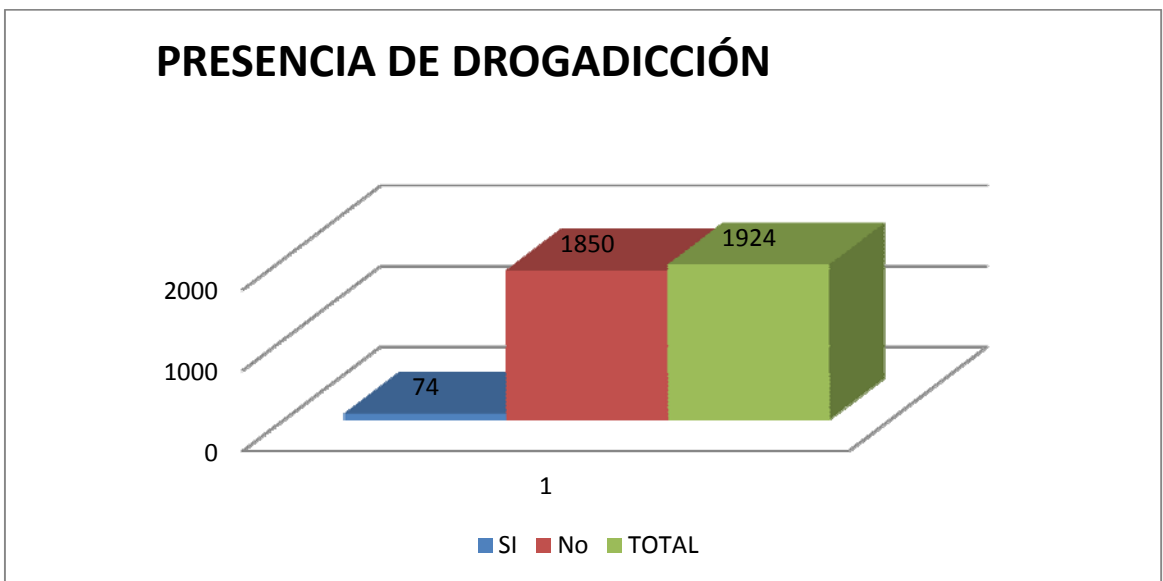
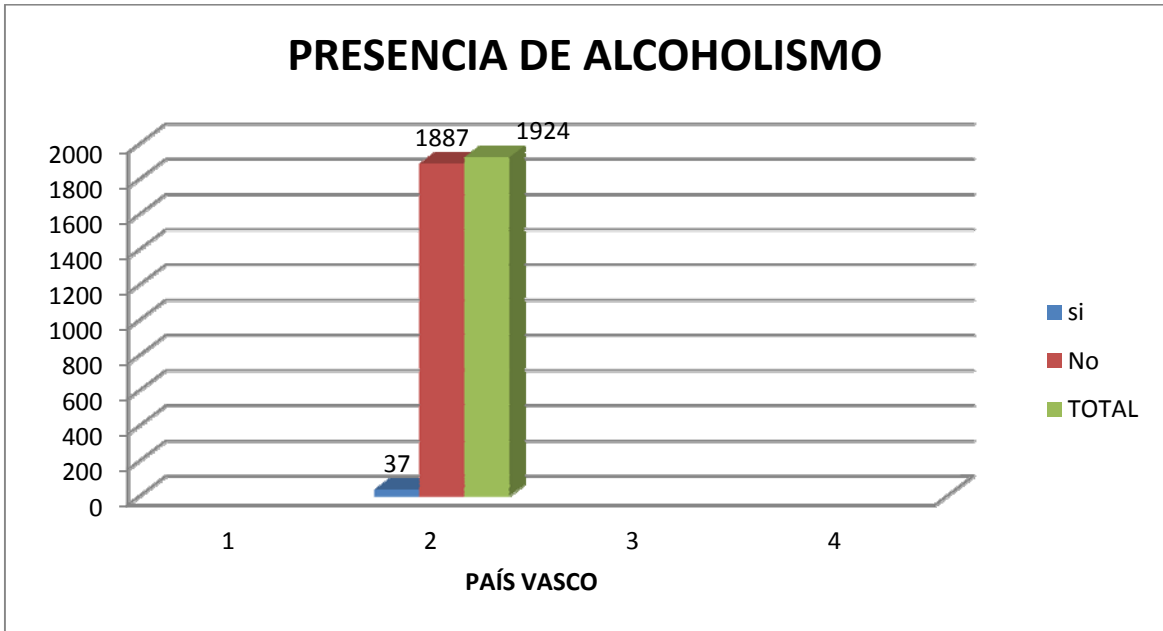


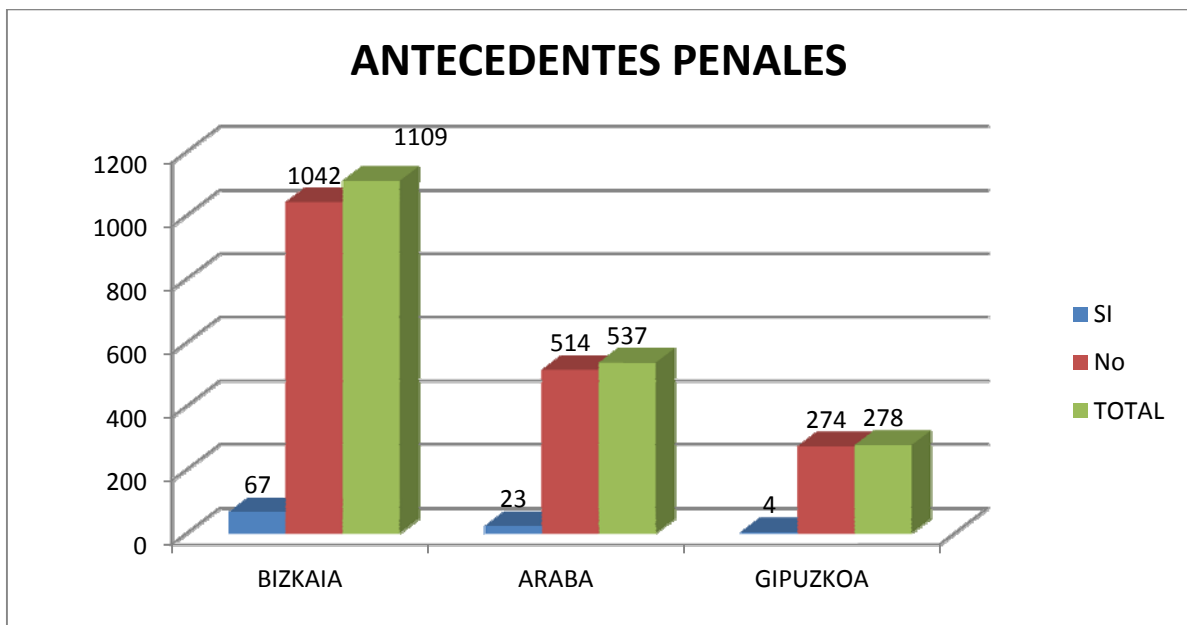
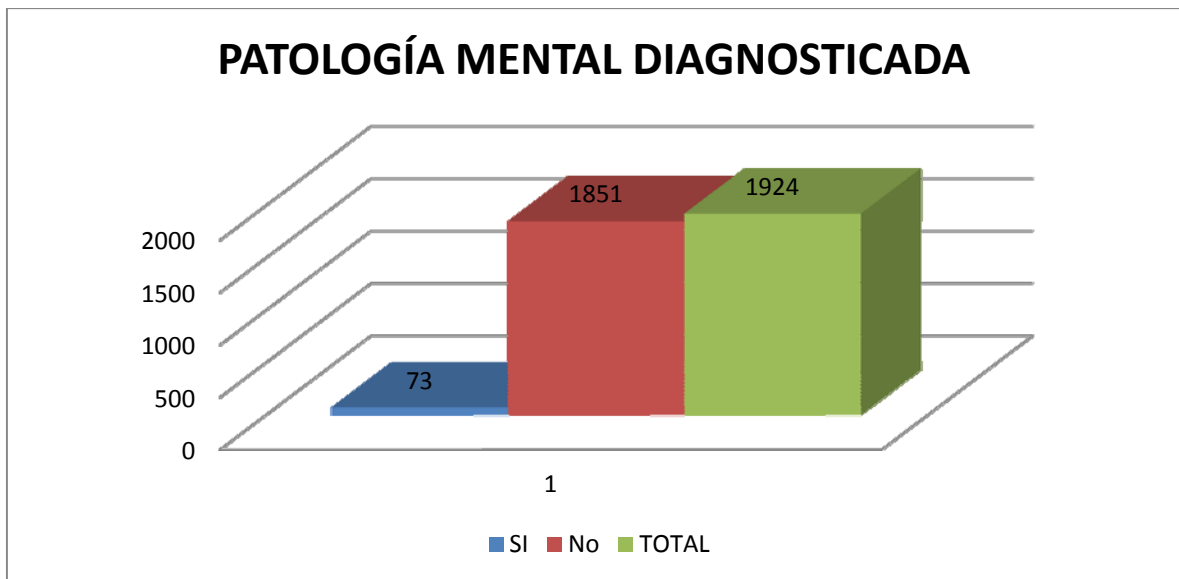
Los datos apuntan a que la mediación se circunscribe a infracciones leves que tienen como bien jurídico protegido a intereses individuales y que, finalmente, presentan como sujetos activo y pasivo a personas con algún vínculo previo o relación entre ellas. De esta manera se constata una notable asimetría entre la cultura judicial, que sigue considerando que las técnicas restaurativas se circunscriben a las infracciones penales leves, y la investigación científica, que, aunque de forma no unánime, defiende que en los delitos violentos de cierta gravedad la implementación de espacios restaurativos presenta notable éxito, tanto desde la perspectiva de satisfacción de las necesidades de las víctimas como desde la óptica de la neutralización del riesgo de reincidencia (Villacampa 2012, p. 90).

### 2.3. Perfiles del victimario

En principio, la mediación, como técnica de pacificación social, tiene especial importancia cuando quien aparece como infractor presenta circunstancias (como ser reincidente, tener una adicción o sufrir alguna patología) que incrementan el

riesgo de reincidencia y hace, preciso, por lo tanto, urdir un marco de neutralización de este riesgo a partir de estrategias formativas o terapéuticas. Sin embargo, el examen de la Memoria denota que el porcentaje de victimarios con riesgo definido de recidiva (por adicciones, patologías o antecedentes previos) que han sido derivados al Servicio de Mediación es exiguo, pues no supera el 6% en el caso de las adicciones a drogas, el 3% en el caso del alcoholismo, el 5% en el supuesto de patologías mentales y, finalmente, el 7% en el caso de antecedentes penales previos.





#### 2.4. Duración del proceso de mediación

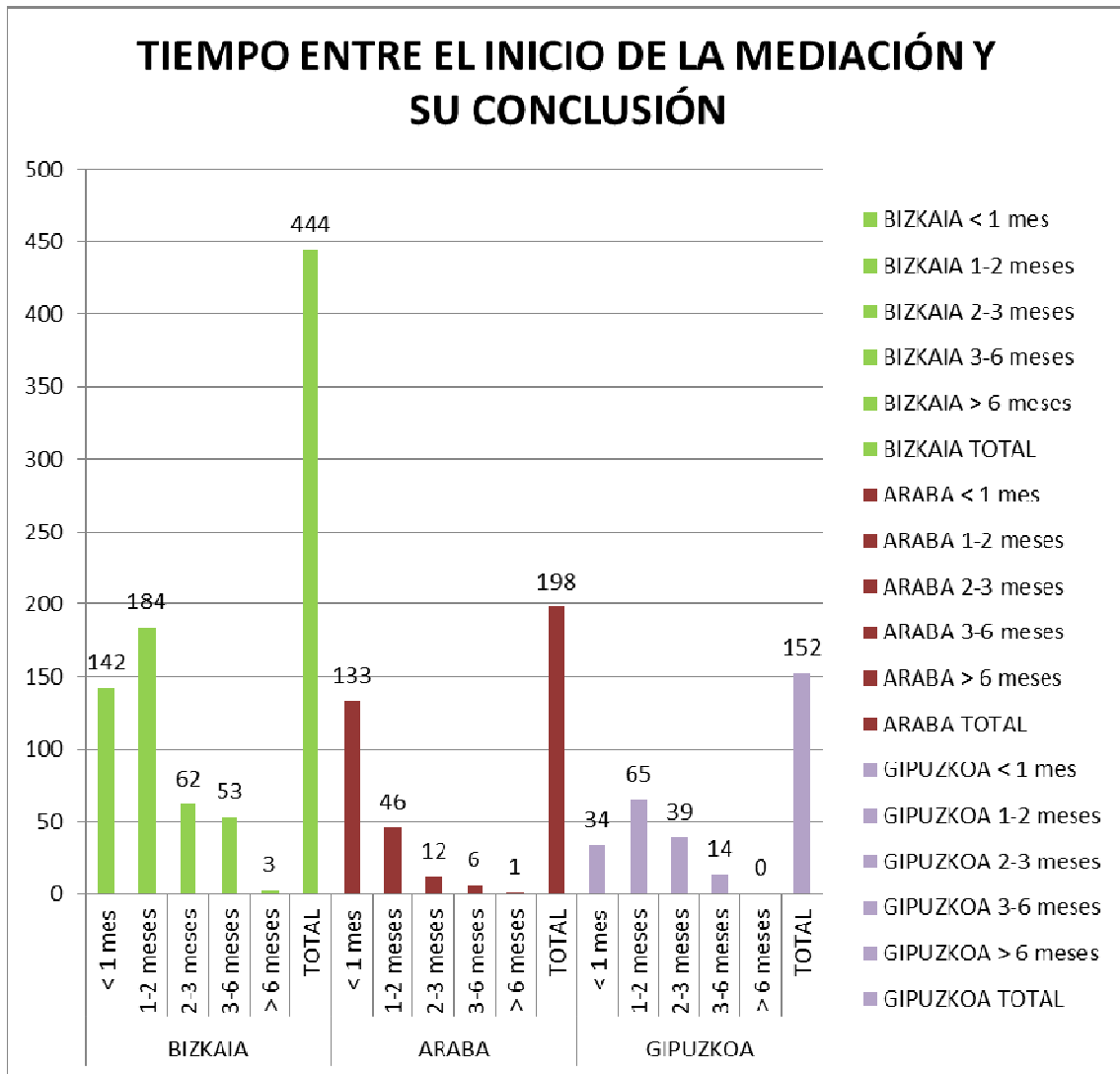
El proceso de mediación está integrado por cuatro fases:

- Inicio, que tiene por objeto informar a las partes del contenido y objetivos de la mediación y, en su caso, obtener de ellas un consentimiento válido para participar en la misma.
- Acogida, que se articula a través de entrevistas individuales con cada parte a fin de detectar sus necesidades y aptitudes para participar en un espacio de comunicación resolutivo.
- Encuentro dialogado, mediante entrevistas conjuntas con las dos partes o el empleo, en su caso, de sistemas de comunicación indirecta.
- Resolución, articulando un acta de reparación, que puede ser moral, simbólica, económica o prestacional si existe un acuerdo, o comunicando el final fallido al Juez o Tribunal si concurre una disconformidad. El contenido de la resolución se comunica por escrito desde el Servicio de Mediación al Juzgado o Tribunal correspondiente.

El proceso de mediación tiene un límite temporal que, por razones que no se explicitan en el Protocolo, se fija en dos meses desde la recepción del asunto en el Servicio de Mediación. No obstante ello, se contempla que, por circunstancias extraordinarias y debidamente motivadas, el Juez y el Departamento de Justicia, de forma cumulativa, puedan autorizar la prórroga de dicho plazo en uno o dos meses más. A priori, los objetivos que persiguen la petición de prórroga y las autorizaciones son disímiles. Así:

- La petición de prórroga proviene del Servicio de Mediación y, por ello, las circunstancias que justifican la misma se anudan a las necesidades del proceso de mediación.
- La decisión que el órgano judicial adopte acerca de la concesión o denegación de la prórroga dependerá de la necesidad de que el proceso penal, en el que se enmarca la mediación, no incurra en una dilación que pueda calificarse de indebida.
- La autorización administrativa de la prórroga obedece a razones de gestión presupuestaria, dado que los Servicios de Mediación Intrajudicial están integrados en la Estructura del Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco.

El examen de la Memoria refleja que el 75% de los procesos de mediación se culminan en el plazo de dos meses y que, no obstante lo previsto en el protocolo, cuando se ha procedido a la prórroga (en el 25% restante) se han priorizado los objetivos pacificadores del proceso de mediación en lugar de otros, como una mayor agilidad en la tramitación del procedimiento judicial, dado que se han autorizado prórrogas que han superado, incluso, los seis meses.



#### 2.5. Formación de los facilitadores

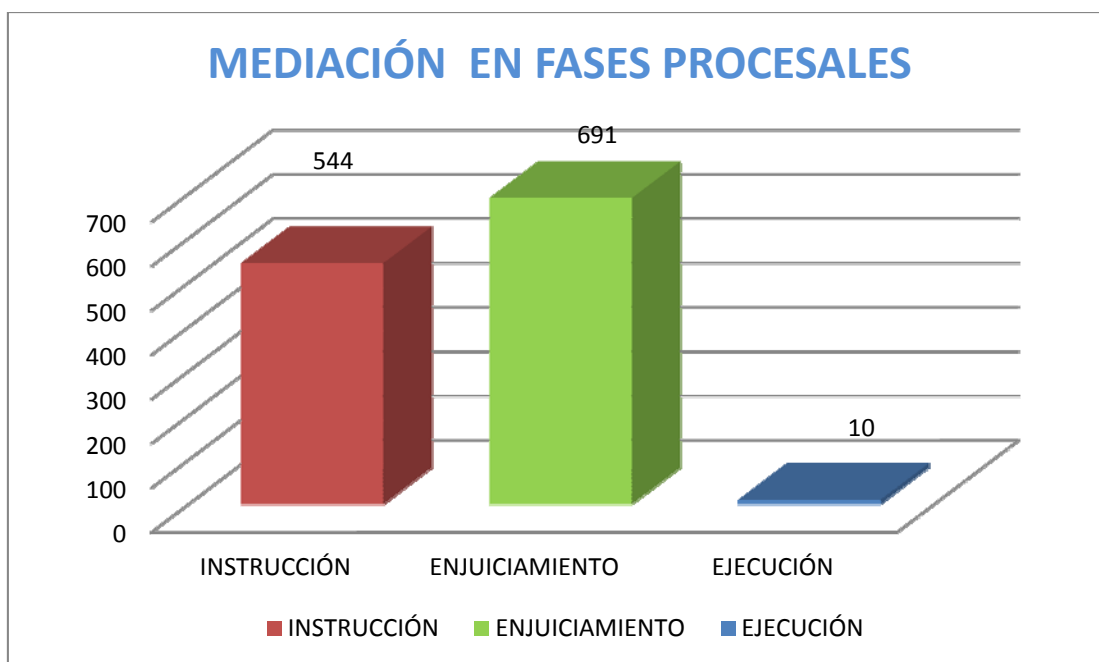
El Protocolo de Mediación no contiene ninguna referencia a la formación específica que han de poseer los mediadores-facilitadores. Esta es una materia cuya importancia ha sido destacada por los especialistas (Barona Vilar 2012, p. 46) y recalcada en el artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE al exigir que los servicios de justicia reparadora sean competentes. Esta cualificación es especialmente exigible en los ilícitos que provocan mayor distorsión emocional en las víctimas al afectar de forma severa a su sentimiento de seguridad vital. En concreto, en los delitos violentos, donde, de diversas maneras, se afecta a la individualidad de la víctima, la construcción de un espacio comunicativo que favorezca el florecimiento de los movimientos que nacen de lo más profundo de cada uno de los involucrados (sus verdaderas necesidades existenciales, Ríos 2012, p. 211) exige una preparación específica e integral de los facilitadores. Por ello, la significación de esta cuestión hace poco justificable la ausencia de toda previsión de la citada materia en el Protocolo. A mi juicio, la preparación del facilitador debe abarcar e integrar, en todo caso, los siguientes aspectos: los deontológicos (cómo mediar de una forma neutra, confidencial y respetuosa con la libertad de los intervinientes); los psicológicos (cómo crear un espacio de comunicación entre personas emocionalmente afectadas e incluso enfrentadas por el delito); los jurídicos (cómo obtener acuerdos de reparación que se desenvuelvan dentro de los límites legales). Además, como formación complementaria, y cuando la mediación se desenvuelve en el seno penal, debe existir una cualificación específica en materia criminológica y victimológica.

### 2.6. Fase procesal en la que se produce la mediación

Finalmente se prevé que el resultado de la mediación se incorpore al proceso, pudiendo implicar, según la fase en la que se encuentre el procedimiento:

- El archivo, en los casos en los que legalmente corresponda.
- La imposición de una pena atenuada en la sentencia, a través, fundamentalmente, del instrumento de la conformidad y de la apreciación, con la cualidad de ordinaria o cualificada, de la atenuante de reparación regulada en el artículo 21.5ª del Código Penal<sup>6</sup>.
- La suspensión condicionada de la ejecución de la pena de prisión, descrita en los artículos 80 a 87 del Código Penal, o su sustitución por una pena no privativa de libertad, permitida en el artículo 88 del Código Penal.
- La ponderación en la ejecución penitenciaria en cuanto a los siguientes temas: la clasificación en grado en los términos descritos en los artículos 60 y siguientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la eliminación del periodo de seguridad contemplado en el artículo 36.2 del Código Penal o la concesión de la libertad condicional regulada en los artículos 90 y siguientes del Código Penal.

Las disposiciones del protocolo tienen a la instrucción y el enjuiciamiento como polos referenciales de la actuación de la técnica de mediación. De ahí que el procedimiento de derivación de casos al servicio de mediación se refiere, en exclusiva, a estas fases procesales. La ejecución, en general, y la ejecución penitenciaria, en particular, si bien formalmente están abarcadas por el protocolo, resultan, en términos operativos, excluidas de su vigencia material. En concreto, no se ha remitido al servicio de mediación ningún asunto en ejecución en Gipuzkoa y Araba, circunscribiéndose a un paupérrimo 1,43% el porcentaje de casos derivados en Bizkaia.



Y, sin embargo, lo cierto es que la ejecución penal es un terreno fértil para la implementación de técnicas restaurativas por tres motivos fundamentales:

- No hay debate procesal sobre el relato, dado que existe una declaración de culpabilidad asentada en prueba de cargo suficiente para dismantelar de

<sup>6</sup> Con una concreta referencia a la justicia restaurativa resulta de interés las consideraciones que sobre el fundamento y significación de la atenuante de reparación del daño hace la STS 770/2013, de 22 de octubre de 2013.

forma legítima el derecho a la presunción de inocencia (garantía fundamental prevista en el artículo 24.2 CE). Por lo tanto, el sistema institucional de Justicia ha declarado quién ha causado un daño injusto y quién lo ha sufrido; quién, por lo tanto, tiene obligación de reparar y quién tiene derecho a ser reparado.

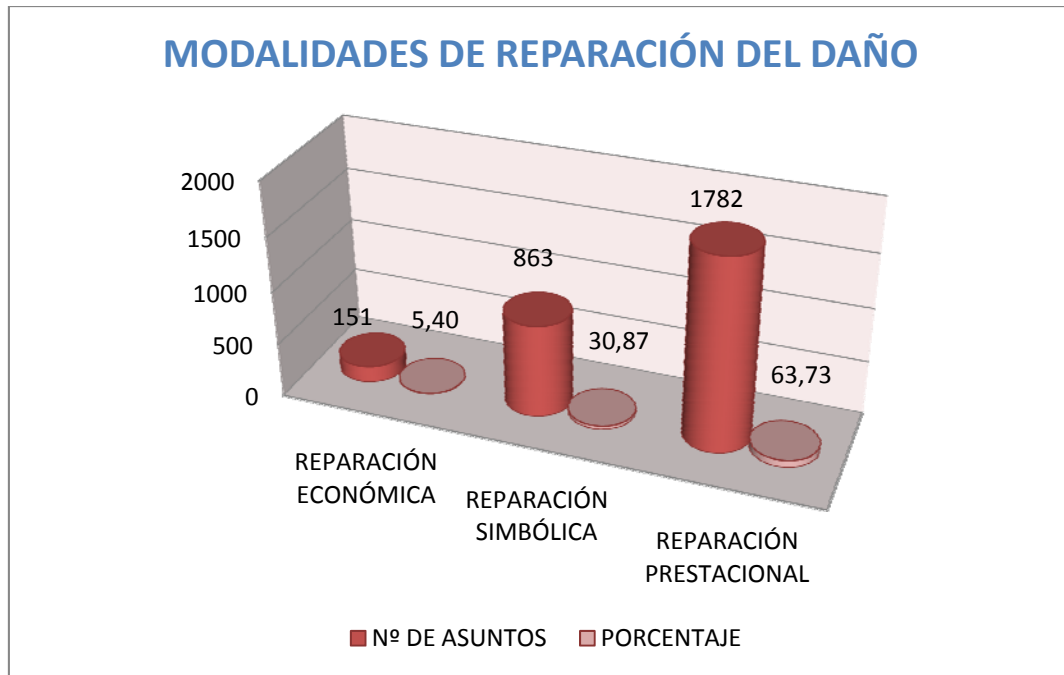
- Se han satisfecho las exigencias de afirmación de la vigencia de la norma penal como pauta social válida para regular los comportamientos de las personas en los entramados comunitarios.
- Se contemplan en el Código Penal vigente modalidades especiales de ejecución de la pena de prisión menos aflictivas para el penado y de un marcado carácter resocializador (como la suspensión condicionada de su ejecución o su sustitución por otra pena no privativa de libertad) cuya aplicación resulta favorecida con la reparación del daño injustamente causado a la víctima (reparación, la referida, que podría acordarse en el seno de un proceso de mediación desarrollado en la fase de ejecución de la pena).

### *2.7. Las respuestas obtenidas en la mediación*

Finalmente, la mediación, como técnica restaurativa, se vertebra en torno a un objetivo primordial: que el victimario reconozca el injusto cometido y haga todo lo que está en sus manos para reparar el daño. De esta manera se trasladan unos mensajes diáfanos a los integrantes de la interacción disruptiva que supone al delito así como a la comunidad (Subijana 2012, p. 148). Al victimario, se le traslada el mensaje de que se desapruueba su conducta, por ser injusta, y que tiene que el deber de reparar el daño. A la víctima, se le comunica que el daño sufrido es injusto y que, por ello, tiene derecho a ser reparado del mismo. Finalmente, a la comunidad se le traslada la idea de que quien omite las expectativas de comportamiento que incorpora la norma tiene que restablecer la vigencia de la misma asumiendo determinados compromisos conductuales.

Para que la propuesta reactiva pergeñada en el espacio de mediación satisfaga los intereses de las víctimas, de los inculpados y de la comunidad será preciso que su contenido conecte con el daño cometido por el injusto causado (Karp y Clear 2006, p. 253). Fundamentalmente, ese contenido puede consistir en:

- Una compensación económica del infractor a la víctima, mediante el abono de una indemnización o el sufragio de los costes de restauración de lo dañado. Representa el 5,40% de las respuestas obtenidas en el Servicio de Mediación.
- Una reparación simbólica, mediante el ofrecimiento por parte del victimario y la consiguiente aceptación por parte de la víctima de disculpas formales o la reflexión sobre la conflictividad causada por el infractor, el comportamiento desarrollado por agresor y los perjuicios derivados. Supone el 30,87% de las soluciones plasmada en el proceso de mediación.
- La reparación prestacional, mediante compromisos conductuales específicos por parte del infractor, la participación del mismo en programas formativos o terapéuticos concretos, o la ejecución por su parte de tareas restaurativas definidas. Representan el 63,7% de las respuestas obtenidas en mediación.



### 3. A modo de conclusión

1.- La ausencia de normativa legal en materia de mediación penal con adultos provoca que la derivación de casos penales a los Servicios de Mediación se realice a través de protocolos que carecen del valor jurídico predicable de una ley o norma reguladora general. Por ello, la referida derivación queda sujeta a una discrecionalidad no reglada del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial, lo que favorece actuaciones radicalmente disímiles de unos casos a otros según el posicionamiento del juez o fiscal competentes ante la mediación. Esta situación, a mi juicio, es difícilmente conciliable con valores constitucionales como la seguridad jurídica y la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a las prestaciones jurisdiccionales a las que tiene derecho.

2.- Los injustos que de forma más significativa se derivan al Servicio de Mediación son las faltas que tienen a la integridad corporal, el patrimonio o al sistema familiar como intereses tutelados, y que se cometen por personas que tienen algún tipo de relación previa con la víctima. Da la sensación (los datos empíricos analizados no permiten una afirmación concluyente) de que la derivación a la mediación se vincula a una percepción judicial de que el hecho cometido forma parte de las denominadas infracciones de bagatela (de ahí la presencia masiva de faltas) cuya sanción, conforme a los parámetros propios de la justicia de adversarios, puede producir una cronificación del discurso del conflicto (de ahí la vinculación familiar o de otro tipo existente entre el victimario y la víctima en un porcentaje significativo de derivaciones).

3.- Los casos que se derivan al Servicio de Mediación en escasas ocasiones involucran a infractores que presentan perfiles criminógenos específicos, como la adicción al consumo de sustancias tóxicas o bebidas alcohólicas, el padecimiento de alguna patología mental o la existencia de antecedentes por la previa comisión de otro delito. Fuera de los supuestos en los que la anomalía psíquica o la adicción tóxica afecte severamente a la capacidad de comprensión del infractor, y, de forma consecuente, impida un consentimiento libre para participar en un proceso de mediación y asumir lo que en él se decide, no existe un obstáculo fundado a que el procedimiento se derive a mediación. De la misma forma, la reincidencia no excluye, *per se*, que el asunto sea susceptible de mediación, pues pueden existir datos que reflejen que la mediación puede favorecer una respuesta que debilite los



factores de riesgo de reiteración delictiva y, coetáneamente, fortalezca los criterios de protección frente al citado riesgo (Cervelló 2013, p. 31).

4.- Los procesos de mediación alcanzan una duración media de dos meses y tienen lugar, de forma exclusiva, en la fase procesal de instrucción o de enjuiciamiento. La duración cohonesta con la utilización judicial de la mediación como un medio hábil para las faltas. La fase procesal en la que se produce, mayoritariamente antes del juicio, obedece, a mi juicio, a la tradicional desatención que padece la ejecución penal fruto, principalmente, de la escasez de órganos especializados y de la desmesurada carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales sentenciadores que juzgan y hacen ejecutar lo juzgado<sup>7</sup>.

5.- Las actas de reparación que se confeccionan en el Servicio de Mediación contienen fundamentalmente reparaciones prestacionales, siendo menos frecuentes los casos de reparación simbólica y claramente minoritarios los supuestos de compensación económica. Probablemente el tipo de reparación que se obtiene en el procedimiento de reparación responda al perfil socio-económico de la mayoría de los victimarios que participan en el procedimiento de mediación, caracterizado, como en gran parte de los procesos penales, por su escasa capacidad patrimonial.

## Bibliografía

- Barona Vilar, S., 2012. La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En: J.F. Etxeberria Guridi, dir. *Estudios sobre el significado e impacto de la Mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?* Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 21-61.
- Cervelló, V., 2013. Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico. *Revista Penal*, 31, 22-51.
- Karp, D., y Clear, T.R., 2006. Justicia comunitaria: marco conceptual. En: R. Barberet, y J. Barquín, eds. *Justicia penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*. Granada: Comares, 223-274.
- Martínez, E., 2012. El proceso penal, mediación y violencia de género. ¿Hacia un nuevo modelo de Justicia penal? En: J.F. Etxeberria Guridi, dir. *Estudios sobre el significado e impacto de la Mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?* Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 391-413.
- Ríos, J., 2012. Encuentros restaurativos en delitos de terrorismo: de la violencia a la paz. En: *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto* [en línea]. Bilbao: Universidad de Deusto, 209-214. Disponible en: <http://www.bizkailab.deusto.es/wp-content/uploads/2012/11/forum25.pdf> [Acceso 4 diciembre 2013].
- Soletto, H., 2013. Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España. *Cuadernos Penales José María Lidón* [en línea], 9, 77-106. Disponible en: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf> [Acceso 16 julio 2014].
- Subijana, I.J., 2012. El paradigma de humanidad en la Justicia restaurativa. *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* [en línea], 26, 143-153. Disponible en: <http://www.ehu.es/es/web/ivac/cuaderno-eguzkilore-26> [Acceso 16 julio 2014].

<sup>7</sup> Sobre el papel de los jueces en la ejecución de las resoluciones judiciales es de interés el informe nº 13 (2010) elaborado por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE).

- Subijana, I.J., y Porres, I., 2013. La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico. *Cuadernos Penales José María Lidón*, 9, 21-58. Disponible en: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf> [Acceso 16 julio 2014].
- Tamarit, J., 2012. La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico. En: J. Tamarit Sumalla, coord. *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada: Comares, 3-60.
- Tamarit, J., 2013. Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro. *Cuadernos Penales José María Lidón*, 9, 317-328. Disponible en: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf> [Acceso 16 julio 2014].
- Varona, G., 2012. El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzando más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar. En: J.F. Etxeberria Guridi, dir. *Estudios sobre el significado e impacto de la Mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?* Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 331-389.
- Varona, G., 2013. Mitología y realidad de la justicia restaurativa. Aportaciones del desarrollo de la justicia restaurativa en Europa y su repercusión en la C.A. de Euskadi. *Cuadernos Penales José María Lidón*, 9, 59-76. Disponible en: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf> [Acceso 16 julio 2014].
- Villacampa, C., 2012. La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género). En: J. Tamarit Sumalla, coord. *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada: Comares, 89-130.