

Menores privados de libertad. Núm. 15/1996. Págs. 53-81.

Giménez-Salinas Colomer, Esther

Profesora de Derecho Penal Universidad Ramón Llull

LA MEDIACION EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL: UNA VISION DESDE EL DERECHO COMPARADO

Ponencia

Serie: *Penal*

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. El fracaso de la política resocializadora
- III. Estadística. Evolución de la pena privativa de libertad en Europa (1988-1993)
- IV. ¿Cuáles serían los principios de la justicia reparadora?
- V. ¿Dónde situar el nacimiento de la mediación?
- VI. Algo pasa en el Derecho Penal
- VII. Algunas precisiones metodológicas
- VIII. Marcados por la diversidad en la teoría, unidos por la igualdad en la práctica
- IX. Conciliación víctima-delincuente o delincuente-víctima, ¿dónde poner el acento?
- X. La confrontación víctima delincuente, como fórmula fundamental en la solución del conflicto
- XI. El rol del mediador y su formación
- XII. ¿Qué evaluar?
- XIII. La mediación en la Europa Central y Oriental
- XIV. La mediación en el futuro

TEXTO

I. Introducción

A menudo hablamos de la crisis del Derecho Penal, pero no solamente está en crisis el Derecho Penal, sino toda la sociedad. El Derecho Penal no es más que una pequeña muestra de la crisis, en realidad es la punta del iceberg.

La convicción errónea que el Derecho Penal puede solucionar los problemas de la sociedad está muy arraigada, especialmente en el pensamiento más conservador. Esta creencia absurda es propia de una sociedad que delante de los problemas no es capaz de analizar su origen. Es más propio de una sociedad infantil, que desearía que el mundo estuviese dividido como en las películas del oeste: los buenos y los malos.

Teóricamente, el Derecho Penal moderno está presidido por el principio de intervención mínima, la última ratio y el principio de subsidiariedad. Pero desgraciadamente, las cosas no siempre funcionan de esta manera.

Por ejemplo, actualmente en España se ha reformado el Código Penal, el llamado Código Penal de la democracia -que llega 17 años tarde-. Nuestras leyes penales después de la muerte del General Franco y la llegada de la democracia (1976) (1) han sufrido muchas transformaciones, pero eran leyes aisladas. Finalmente se ha decidido afrontar la reforma con un *nuevo Código Penal*, pero este Código que teóricamente está presidido por el principio de intervención mínima, ha creado una parte importante de nuevos delitos, por otro lado necesarios en una sociedad como la actual: delitos tales como los de la protección del medio ambiente, socio-económicos, societarios, etc., pero de los cuáles no estamos totalmente convencidos que el

Derecho Penal sea la vía adecuada de solución. Y así, situaciones tan clásicas como la protección a la familia encuentran también una fuerte tendencia incriminadora, o bien si pensamos por ejemplo, en el problema del SIDA. Nunca se pueden invertir los términos: primero es un problema sanitario, después social y, en todo caso, jurídico, pero con la penalización, por ejemplo, de algunas conductas no solucionaremos este problema.

Y así, predicamos un Derecho Penal *mínimo* mientras vamos criminalizando conductas para luego *inventar* la desjudicialización que permitirá la salida del sistema de aquellos que no deberían haber entrado nunca.

¿No sería más lógico y menos costoso emocional y económicamente que evitásemos desde un principio la entrada en el sistema y buscar otras fórmulas para responder al conflicto? Lo más importante es dar una respuesta, pero la justicia, ni tiene ni debe tener el monopolio (2).

Ahora bien, no estamos en un momento en que político-criminalmente esto sea pensable. La tendencia punitiva de los Estados Unidos y el retorno al neoclasicismo, tanto en el concepto de delito, como en las consecuencias jurídicas nos impide, al menos de momento, llevar a cabo una política discriminatoria.

A mitad camino y como un primer paso, estaría la desjudicialización, acompañada de los programas de mediación y conciliación. Pero como todo, las líneas no siempre son rectas y al lado de un movimiento a favor de un Derecho Penal mínimo encontramos un importante aumento de la punición.

II. El fracaso de la política resocializadora

En los años 50 se empezó a tener la convicción que las prisiones podían servir para algo más que de "almacén de delincuentes": un Derecho Penal que pusiera el acento en una política resocializadora y la confianza en una sociedad más justa, fueron los primeros pasos.

Empezó en los Estados Unidos con la llamada "revolución de las batas blancas". No entraré, por supuesto aquí en todas las discusiones sobre lo que ha significado la resocialización y las dificultades de su puesta en marcha. Muchas concepciones distintas se interpretaron bajo aquel término: desde las más estrictas amparadas en criterios médicos, hasta las más amplias en que significaba sencillamente hacer prisiones más humanas.

Es cierto que conceptualmente "resocializar" comporta muchos problemas de interpretación y que nunca hemos podido ponernos de acuerdo en una definición única y concreta. Pero también es cierto que bajo "la excusa" de la resocialización las prisiones han evolucionado hacia unas prisiones más humanas; si la persona en definitiva ha de volver a la sociedad, que lo haga en las mejores condiciones posibles.

Y de este modo, hemos luchado para acortar las penas, para suprimir las penas cortas de prisión, para que los internos disfruten de permisos de fin de semana, por el vis a vis etc. Todo esto sólo es posible si se piensa que la prisión puede servir de algo más que de contención. Ahora bien, no nos vamos a engañar: los que conocemos la prisión sabemos que estamos muy lejos de conseguir una resocialización.

El panorama, al menos en nuestro país, no es muy esperanzador. Pero si miramos la situación en Europa nos damos cuenta del importante aumento de la pena privativa de libertad durante los últimos cinco años. En realidad, solamente hay cinco países donde el número de reclusos ha disminuido.

III. Estadística. Evolución de la penal privativa de **(1988-1993)**

libertad en Europa

El cuadro I nos muestra el aumento en cifras absolutas siendo a destacar que sólo en cinco países decrece: Turquía, Inglaterra, País de Gales, Hungría, Finlandia y Chipre. Si bien los aumentos no son por igual en todos los países, en Austria y Alemania podemos apreciar fenómenos tales como los de la caída del muro, pero otros países como por ejemplo Grecia y España sigue aumentando de forma escandalosa sin que dicho fenómeno les afecte.

Igual de significativo es el cuadro II donde podemos ver el número de población en prisión por 100.000 habitantes. Los países de la Europa Central y del Este se sitúan en primera línea junto a Portugal y España que sobrepasan los 100 prisioneros por 100.000 habitantes. A cierta distancia, Austria con 91.

Los cuadros siguientes son simplemente una representación gráfica de los datos aportados.

Estas cifras no pretenden alarmarnos, ni mucho menos, pero nos evita poder hacer afirmaciones de carácter general como el decir que tenemos una justicia más blanda o que nuestro sistema de privación de libertad esté tocando su fin.

CUADRO I

Variación de la Población penitenciaria
1988-1993 *

1988 1989 1990 1991 1992 1993 Variación

Turquía	51.810	48.413	46.357	26.544	31.304	-35,61 %
Chipre	219	191	218	193	188	-12,70 %
Finlandia	3.598	3.103	3.106	3.130	3.295	3.132 -12,56 %
Hungría	14.629	13.196	-9,80 %			
Reino Unido	48.595	48.481	45.649	46.310	46.350	45.633 -6,08 %
Irlanda del N.	1.786	1.780	1.733	1.660	1.811	1.902 + 6,93 %
Dinamarca	3.469	3.378	3.243	3.406	3.702	+7,10 %
Bulgaria	7.822	8.749	8.364	+7,45 %		
Irlanda	1.953	1.980	2.114	13.196	+7,91 %	
Francia	46.423	45.102	47.449	48.675	49.323	51.134 +10,97 %
Eslovaquia	6.507	7.221	+10,97 %			
Escocia	5.076	4.786	4.860	5.357	5.900	+16,19 %
Bélgica	6.450	6.761	6.525	6.035	7.116	7.203 +16,99 %
Islandia	89	113	104	101	101	103 +18,10 %
Suiza	4.679	4.714	5.074	5.688	5.400	5.627 +19,63 %
Austria	5.862	5.772	6.231	6.655	6.913	7.099 +19,79 %
Suecia	4.716	4.796	4.895	4.731	5.431	5.794 +21,89 %
República						
Checa	13.279	16.567	+24,76 %			
Noruega	2.041	2.171	2.260	2.510	2.607	+25,39 %
Rumanía	36.542	44.610	46.189	+25,61 %		
Alemania	52.076	51.729	48.792	49.658	65.838	+28,00 %
Luxemburgo	322	345	352	348	352	425 +29,92 %
Holanda	5.827	6.461	6.662	7.397	7.843	+31,05 %
Portugal	8.181	8.458	9.059	8.092	9.183	10.904 +32,04 %
Grecia	4.288	4.564	5.008	6.252	6.524	+45,36 %
Italia	34.675	30.594	32.588	32.368	46.152	50.794 +46,71
s20 España	29.344	31.137	32.902	36.562	35.246	45.711 +48,99 %

CUADRO II

Variación de la población penitenciaria

Número de internos por 100.000 habitantes *

1988 1989 1990 1991 1992 1993 Variación

Turquía 95,6 83,5 82,1 44,0 51,6 -43,45 %
Chipre 39,3 34,1 38,0 38,0 32,0 30,0 -23,83 %
Reino Unido 96,7 96,2 90,3 91,3 91,0 89,0 -8,05 %
Alemania 84,9 83,8 77,8 78,8 81,0 -4,36 %
Finlandia 62,3 62,2 62,6 65,4 61,8 -0,55 %
Irlanda del N. 114,2 112,8 109,5 105,7 114,0 118,0 +3,74 %
Dinamarca 68,0 66,0 63,0 63,0 66,0 71 + 4,85 %
Francia 81,1 78,5 82,2 83,9 83,7 86,3 +6,44 %
Irlanda 55,0 56,0 60,4 61,6 59,8 +8,72 %
Suiza 73,1 71,4 76,9 84,9 77,1 81,0 +11,65 %
Bélgica 65,4 68,5 66,1 60,5 71,0 72,1 +11,66 %
Islandia 35,6 44,6 40,6 38,9 38,5 38,9 +12,15 %
Escocia 99,3 94,0 95,2 105,0 115,0 +15,75 %
Austria 77,0 76,0 82,0 87,5 87,8 91,0 +17,28 %
Suecia 56,0 57,0 58,0 55,0 63,0 66,0 +17,66 %
Noruega 48,4 54,3 56,5 59,0 60,0 +22,35 %
 Hungría 110,0 146,0 132,0 +23,13 %
Luxemburgo 86,5 92,7 94,0 90,3 91,5 107,5 +23,43 %
Holanda 40,0 44,6 44,0 44,4 48,5 51,0 +25,44 %
Portugal 83,0 82,0 87,0 82,0 93,2 111,0 +31,89 %
España 75,8 80,0 85,5 91,8 90,4 114,9 +45,35 %
Bulgaria 68,2 102,0 98,9 +46,53 %
Grecia 44,0 50,0 49,5 59,5 68,0 +47,11 %
Italia 60,4 54,0 56,6 56,0 80,0 89,0 +47,26 %
República
Checa 75,6 129,0 165,0 +98,53 %

IV. ¿Cuáles serían pues los principios de la justicia reparadora?

La mediación supone el nacimiento de una nueva ideología, para la mayoría inspirada en las palabras de Nils Christie, en 1972 en Inglaterra, expresadas ya en la famosa frase que los jueces y abogados se han convertido en "ladrones de conflictos" y que hay que devolver a la sociedad civil su posibilidad de solucionar el conflicto. Para él los "propietarios" del conflicto han de ser los únicos capacitados en resolverlo. Algo parecido a como los psicoanalistas expresarían la crisis, es decir como la única forma de crecer (3).

1. La reparación nace del movimiento en favor de la víctima y la recuperación de su papel en el proceso penal. En efecto, el Derecho Penal moderno había neutralizado a la víctima de tal modo que quedaba totalmente ausente del conflicto. Estado y autor eran los protagonistas. La víctima "el convidado de piedra". La reparación -y para muchos, de aquí las críticas- significa a menudo invertir los términos y situar a la víctima en un primer plano. En este sentido, es lógico que las principales objeciones que emergen sobre el concepto de una justicia reparadora, sean que el Derecho Penal está presidido por los fines de prevención general y de control social y no por una finalidad compensadora de los males infligidos a las víctimas. Cambiar los

intereses sería -para algunos autores- tanto como volver a la justicia privada y especialmente vengativa (como si la actual no lo fuese...) o una progresiva marcha hacia la privatización del sistema penal.

2. Pero resulta necesario precisar que la reparación cumple no solamente una función individual del autor respecto a la víctima, sino también un fenómeno pacificador propio del Derecho Penal. La reparación aporta el restablecimiento de la paz jurídica a través del retorno a la situación concreta perturbada (4).

3. Un Derecho Penal orientado a la reparación es fundamentalmente un Derecho Penal de la resocialización. Un acto reparador implica no solamente la reparación de la víctima sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización. "La reparación desde el punto de vista preventivo especial, se valora como el mejor esfuerzo del autor para reconocer la injusticia cometida y reincorporarse a la comunidad jurídica además de superar los peligros del tratamiento, ya que es limitada por definición, no consiste en la interiorización de un modelo y someterse a él y no presenta ninguna de las desventajas de la privación de libertad (etiquetado y deterioro social)" (**20 MAIER**) (5). Pero también significa, como ha puesto reiteradamente de manifiesto la doctrina alemana, que cuando el autor repara acepta públicamente la vigencia de las normas delante de la comunidad y se reafirma la prevención general positiva (6).

4. La reparación no se puede concebir como un sistema donde los delincuentes se sustraigan a la justicia penal o donde los más ricos puedan "reparar" mejor que los más necesitados. Ahora bien, uno de los grandes riesgos citados: por ejemplo por **MARSHALL**, es que los sistemas de reparación británicos se orientaban fundamentalmente a "sustraer" a los delincuentes del sistema tradicional. De la misma manera, en Noruega, en la implantación de los comités de resolución de conflictos, entre los 6 objetivos marcados, 4 eran ventajas para los delincuentes (7).

En este sentido, por ejemplo, el modelo español está fuertemente orientado a evitar que los jóvenes entren en la justicia penal, de la misma manera que otros países europeos. En realidad un problema crucial es que la reparación en muchos países sólo está contemplada en la legislación de menores y así es fundamentalmente concebida como una medida educativa, más que como una medida reparadora.

5. La reparación penal no se puede confundir con la indemnización civil a las víctimas porque ambas, no siempre coinciden, y ni siquiera los criterios que rigen su ponderación son iguales. "Pena y resarcimiento civil son cosas diferentes y no manipulables a través de un cambio de etiquetas" (**HIRSCH**) (8).

6. La voluntariedad en la reparación es un punto crucial y un cambio en los esquemas clásicos del Derecho Penal donde parece que punición y consentimiento no son demasiado armonizables. Dejaremos pues para más adelante la discusión del carácter penal de la reparación y si es posible conjugarla y concebirla como una herramienta del control social, o es simplemente una respuesta a un conflicto de intereses. *Destacar* aquí, que la reparación solamente es posible con el consentimiento del autor y de la víctima, y que esta es una de las principales cualidades, sin las cuales la reparación perdería sentido.

Ahora bien, el cambio de paradigmas no es totalmente nuevo. Pensemos, por ejemplo, en el tratamiento dentro del ámbito penitenciario, en el cual siempre ha sido considerado como imprescindible la voluntariedad del penado.

Así mismo, todas las sanciones que se imponen en la comunidad, por ejemplo el trabajo en beneficio de la comunidad, necesitan el consentimiento del autor y este hecho ya está incorporado en muchos Códigos penales y forma parte de la Recomendación R (92) 16 del Consejo de Europa, relativa a las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en el seno de la comunidad.

Como en todo, no obstante; este carácter de "voluntariedad" tiene matices y la voluntad del delincuente en escoger viene condicionada a menudo por el hecho de que se trata "de un mal menor", cosa que hace perder una cierta credibilidad a la reparación. Es por esto que **SCHÖCH**, afirma "voluntariedad no puede significar nada más, pero tampoco nada menos que la decisión voluntaria de asumir la responsabilidad" (9).

7. La conciliación-mediación-reparación no es una forma de justicia más rápida, como se ha querido representar a menudo, sino al contrario, llegar a un proceso de conciliación puede ser más laborioso que la imposición de una pena. La reparación no es una manera de agilizar la justicia, de "sacarse" casos, sino de introducir en términos penales en un sentido más amplio, la posibilidad de una justicia negociada. La mediación, y la confrontación son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente, de una participación activa para llegar a resolver el conflicto. Surge así la idea de un modelo de intervención en que el Estado opta por ceder el protagonismo a los particulares interesados y consolidar un papel subsidiario (10).

PFEIFFER habla del "desarme" del Derecho Penal. La nueva estrategia es devolver el papel al autor y a la víctima. La víctima puede hablar, expresarse, pedir e incluso se le reconoce el derecho a ser compensada (económica, pero también emocionalmente). Para el autor la víctima es de "carne y hueso", conocerá el daño y entenderá que la única manera de responder es reparando (11).

8. La justicia reparadora se sitúa en el seno del Derecho Penal y necesita de él para decidir qué es delito, quién es el autor y quién la víctima. Pero la respuesta no se rige por términos estrictos de proporcionalidad.

V. ¿Dónde situar el nacimiento de la mediación?

La literatura especializada sitúa el nacimiento de los programas canadienses y norteamericanos (VORP) en los años 70. A finales de esta década cruza el Atlántico y Gran Bretaña lanza en 1977 su primer programa de reparación, mientras que los Comités noruegos de resolución de conflictos y las experiencias municipales finlandesas llegan algo más tarde (12).

A mediados de los 80 Holanda y Alemania comienzan tímidamente sus primeras experiencias y Austria instaaura con enorme fuerza su primer modelo en Salzburgo en 1985 (13).

A comienzos de los 90 Francia, España, Italia y Bélgica se suman a la experiencia, mientras que por ejemplo, Dinamarca no tiene hasta el presente ningún programa.

Es una experiencia relativamente nueva como forma, pero muy vieja en el sistema penal. En efecto, en casi todos los códigos encontramos preceptos que atenúan la responsabilidad penal cuando el autor de los hechos está dispuesto a reparar el daño causado y si esto no puede ser, al menos, a disminuir el daño producido. Pero la característica más importante de la mediación no es solo la reparación del daño sino la lucha por reducir la intervención penal formal. **TODO AQUELLO QUE PUEDE SER REPARADO FUERA DEL SISTEMA NO DEBE ENTRAR EN ÉL** (14).

En el fondo, como en tantas otras cosas, asistimos a una cierta perversidad del sistema, es decir, hemos de acudir a modelos extrajudiciales de mediación para que devuelvan a la sociedad civil aquellos conflictos que nunca deberían haber entrado en el sistema judicial.

Si analizamos el concepto de reparación, diríamos que reparación es básicamente colocar el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito (MAIER). Esta reparación ideal, (sustitución al statu quo ante) "reparación in natura", es en

ocasiones imposible, por ejemplo en los delitos de daño físico. Por esto en muchas ocasiones la reparación es simbólica o más conocida como compensación del daño.

De tal manera cualquier mecanismo de resolución de conflictos está ligado a este cuadro conceptual, de ahí que entendamos que pueden utilizarse indistintamente los programas de mediación reconciliación, negociación, reparación o sustitución.

VI. Algo pasa en el Derecho Penal

La mediación-conciliación pertenece indiscutiblemente a la justicia penal, si bien ha sacudido, o al menos así lo quisiéramos creer, todos sus cimientos. Por un lado no sabemos si puede inscribirse en la Prevención General, en la Prevención Especial o, pertenece a las dos, ofreciendo de esta manera una salida independiente al dilema de los objetivos penales antinómicos. Pero junto a los fines clásicos del Derecho Penal, es decir la pena encaminada al autor o a la colectividad, aparece una nueva función, que sería la llamada "Reconstitución de la paz jurídica", cumpliendo con ello una función pacificadora, lo que ha sido denominado en Alemania y Austria la tercera vía (*dritte Spur*) (15).

De esta manera la reparación aparece como una consecuencia jurídica distinta de la clásica pena o medida de seguridad. Y así empieza a ser mayoritariamente aceptado por la doctrina que si el autor asume los hechos de una forma responsabilizante y repara los intereses legítimos de las víctimas, no solamente se inicia el camino de la resocialización, sino que también se contribuye al restablecimiento de la paz, a través del respeto a las normas (16).

No parece, pues, que se pueda criticar de irracional la propuesta de privilegiar - como reacción frente al delito- la idea de devolver las cosas como estaban antes de dañarlas. En realidad parece -si me lo permiten- la respuesta ideal. Si el autor de los hechos **PUEDE Y QUIERE** reparar, ha de encontrar su lugar en el Derecho Penal. Hoy con fórmulas tímidas, mañana como respuesta prioritaria (17).

La reparación en sentido amplio, es así una meta racional propuesta como tarea del Derecho Penal, incluso para el actual, bajo dos condiciones: que no perjudique sino coopere a los fines de la pena estatal y segundo que no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto. La reparación está en casi todos los Códigos Penales como atenuante y en muchos países la reparación es condición para la suspensión de la pena, así entre otros Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Escocia, Inglaterra, Gales, Países Bajos, Portugal, Polonia, Suecia y Suiza.

VII. Algunas precisiones metodológicas

No es fácil hablar de mediación desde una perspectiva comparada ya que el grado de implantación legal en muchos países es relativamente nuevo. La práctica ha ido como en tantas otras ocasiones, por delante, y no es hasta bien entrados los años 90, que se plasman las leyes. En este trabajo nos referiremos básicamente a los EEUU y Canadá en sus inicios, pero analizaremos sólo comparativamente algunos países de la Europa Occidental, entre otros principalmente Austria, Inglaterra, Noruega, Francia, España, Alemania, Holanda y Bélgica.

Trabajar en Derecho comparado y más en un supuesto tan poco institucionalizado como es la mediación, es extraordinariamente difícil. Algunas experiencias las conozco personalmente, otras a través de documentación bibliográfica y puede ser, aunque todo el material consultado es a partir de los 90, que se haya producido alguna modificación.

VIII. Marcados por la diversidad en la teoría, unidos por la igualdad en la práctica

En general, tal como reconoce SNARRE (19) y la mayoría de la doctrina, los modelos de conciliación son diferentes, no sólo según el país, sino muchas veces en el propio país y en la propia ciudad. Esta diversidad puede venir marcada por:

1.º) Por la ley. Mientras algunos países siguen con un escaso nivel de institucionalización a pesar de una gran práctica, como sería el caso de Inglaterra, en el otro extremo está Noruega donde existe una ley de 1991 que obliga a más de 450 municipios. Otros como en el caso de Austria, España y Francia, lo tienen a nivel de jóvenes y no de adultos, otros como Alemania lo introducen muy tímidamente, en Holanda por el contrario está muy extendido para todos (20).

2.º) El segundo aspecto sería de carácter procesal, en que momento -detención, prejuicio, juicio, sentencia-, se decide una reparación, y si ésta se lleva a término extrajudicialmente o no. No hay aquí modelos puros y en un mismo país, como en Francia por ejemplo, existe mediación a nivel de la policía, de fiscalía, o del Juez de Instrucción (21).

3.º) En tercer lugar estaría la determinación del rol de mediador y su carácter de voluntario o profesional. Así por ejemplo, mientras en Francia los voluntarios juegan un gran papel, en Inglaterra lo han sido los servicios correspondientes a la probation y en Austria los "Bewährungshlfer" (22).

Especial curiosidad presenta el caso francés donde los voluntarios son nombrados por los Fiscales, en la famosa frase que lo caracteriza "vers une médiation associative régleméntée et contrôlé par l'Etat" (23).

Por el contrario en Noruega por ejemplo, cada municipio tiene sus propios mediadores.

4.º) Los sistemas de intervención varían desde una concepción bastante terapéutica como en España e Inglaterra a una totalmente no intervencionista como en Noruega, pero aquí tampoco podemos hacer una clasificación clara por países, ya que dentro de cada uno se practican diferentes estilos.

5.º) Otro aspecto es la categoría de delitos que pueden acceder a la mediación. En general se descartan tanto los denominados "delitos de bagatela", pequeños delitos, como los delitos muy graves.

Algunos países como Alemania, los tienen formalmente limitados, mientras que en Austria, por ejemplo, no existe limitación alguna.

Otro aspecto importante es qué delincuentes pueden acogerse a una mediación. En principio ninguna legislación excluye a nadie, aunque en la práctica determinadas categorías de delincuentes tienen mayores dificultades, no tanto por sus características personales, sino por dificultades objetivas tales como la lengua, el lugar de residencia, etc.

6.º) Los objetivos tampoco están siempre del todo definidos, si bien inicialmente la mediación o conciliación nace como compensación a las víctimas, en la práctica existe una fuerte tendencia a decantarse más hacia los delincuentes.

En general una dificultad importante, a excepción de los países escandinavos y de Holanda, es que este sistema está fuertemente contaminado por la intervención en el ámbito de la justicia juvenil.

7.º) Finalmente, apuntar que las grandes diferencias que se establecen en la teoría no se constatan de forma igual en la práctica donde hay varios denominadores comunes. A pesar de las diferencias, los modelos vienen marcados por una misma filosofía, en esencia la de recuperar el conflicto para la víctima y el delincuente, de ahí que la cuestión fundamental de la práctica se centre en el *conflicto y no en los problemas procesales u organizativos*.

Paradójicamente, no será al lado de la atención al delincuente -al menos no enteramente- donde nacerá el movimiento de la Justicia reparadora: idea por otra parte tan vieja como la misma Ley del Tali3n.

Efectivamente, a mediados de este siglo llega a Estados Unidos y Canadá la preocupaci3n por buscar nuevamente una resoluci3n pacífica a los conflictos, que permitan conjugar dos necesidades: la del delincuente y la de la víctima a las cuales, hoy por hoy, las sanciones tradicionales no consiguen dar respuesta.

Y así en el transcurso de los años setenta tienen su máxima expansi3n los movimientos de la denominada justicia informal, a través principalmente de la reparaci3n, la mediaci3n y el arbitraje, para llegar a defender la idea de reparaci3n en lugar de la penal, conciliaci3n en lugar de justicia impuesta y todo esto, en nombre de una progresiva humanizaci3n del Derecho Penal donde "la asunci3n de responsabilidad por parte del autor y la renuncia a la penal supondrían un alto grado de refinamiento del sistema punitivo" (24).

Y así la mayoría de seminarios, reuniones e intercambios de operadores prácticos, se constata que la *práctica está mucho más unificada que la teoría y que la propia legislaci3n*.

IX. Conciliaci3n víctima-delincuente o delincuente- víctima, ¿d3nde poner el acento?

Tal manera de presentar las cosas puede parecer un tanto absurda, pero se trata de ver si es un sistema equilibrado, o si se decanta hacia la víctima o hacia el delincuente.

En teoría ambos deberían ser iguales, es decir un sistema donde la soluci3n del conflicto no vendría "decidida" sino pactada. Ahora bien, esto no es así en muchas ocasiones. **MARSHALL** (25) de Inglaterra critica la situaci3n y establece que buena parte de las deficiencias detectadas tenían que ver con la dificultad de mantener los objetivos y filosofías de los VORPS - Norteamericanos. Los proyectos de reparaci3n parecían estar básicamente pensados en este pa3s, para minimizar el impacto de la justicia penal en los delincuentes, o más claramente para sustraerlos. Esto parece lógico, si pensamos que la tendencia natural de la justicia penal ha sido el tratamiento del delincuente, y la víctima la eterna olvidada "el convidado de piedra" (26).

A ello hay que ańadir, como apuntábamos al principio, que se ha convertido en la respuesta "preferida" para los jóvenes delincuentes. En efecto su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedag3gico, su concepci3n de medida educativa y su carácter de menor represi3n, la hace ideal para la justicia de menores y así encontramos que a partir de los años 90 está prevista en la casi totalidad de las legislaciones europeas, o al menos en las más significativas. Ello lejos de ser siempre un avance, plantea la dificultad que puede decantarse de forma abusiva, en una mejor soluci3n para el delincuente. En Austria por ejemplo es con diferencia la opci3n preferida por los Tribunales Juveniles (27).

Por el contrario para los adultos no ha hecho más que comenzar tímidamente, a excepci3n de Noruega y Holanda, y en todo caso con limitaciones de hasta un año de pena como en la reciente modificaci3n legislativa en Alemania.

Las críticas más importantes, que una vez más vienen de los EEUU, son que después de tantos años, "encima" no puede utilizarse a las víctimas en favor de los delincuentes (28).

En Noruega en un intento de cambiar las relaciones tradicionales, se ha cambiado los términos de delincuente y víctima. El primero denominado "Skaderodler" es la persona que ha causado una pérdida, el segundo llamado "Skadelit" (en lugar de víctima) es la persona que ha sufrido una pérdida. Por otro lado la palabra noruega que designa las juntas de mediación es "konfliktråder" al igual que en Salzburgo "Konfliktregelung". Esta palabra sería la más apropiada (29).

Sin embargo, la mayoría de investigaciones, tales como las de Alemania, Austria, Francia, Bélgica y España, muestran un alto grado de satisfacción para las víctimas. Las experiencias prácticas demuestran una vez más que existen grandes perjuicios teóricos que no se corresponden a la realidad. A diferencia de los temores manifestados originalmente, especialmente en Inglaterra, se ha demostrado que tanto las víctimas como los autores de un delito, presentan una gran disposición para llegar a una solución. En la mayoría de los casos se puede negociar de una forma razonable con las víctimas, sin que éstas esperen reivindicaciones exageradas o se muestren interesadas en una penalización adicional (30).

La mayoría de trabajos (Dünkel, Rössner, Peters, Frehsec, Marks, Pelikan, Snarre, Marshall, Funes), señalan que entre el 61% y el 85% según los países, los afectados se sienten contentos con el proceso y el resultado de la conciliación (31).

X. La confrontación víctima delincuente, como fórmula fundamental en la solución del conflicto

Existe un acuerdo, quasi-unánime, que la parte más importante de la mediación es la confrontación, el tú a tú de delincuente y víctima. En su origen norteamericano el concepto de reconciliación tenía un fundamento religioso, sin embargo la mayoría de programas hoy rehuyen una concepción pietista y prefieren hablar de conciliación y no de arrepentimiento (32).

Al principio la conciliación aparecía como una forma rápida de solución de conflictos, así se establecía por ejemplo en Noruega, Francia, España. Sin embargo hoy nada permite pensar en una solución rápida, en realidad si se mira es más lenta que el proceso penal, ya que éste tiene largos períodos de inactividad. En realidad la atención directa que jueces y fiscales prestan a la víctima y delincuente es bien escasa. Es a la burocracia a quienes más atienden.

A pesar de ello el tiempo invertido en la solución de un conflicto suele ser muy inferior al de la justicia tradicional, a lo que habría que añadir que ésta invierte la mayor parte del tiempo en trámites y no en atender a sus víctimas. El promedio de tiempo invertido es en España: de 2 meses y medio, en Noruega de 24 días, en Francia 6 meses para la mediación penal, en Austria tres meses en Alemania de 4 seis semanas para los adultos y algo más para los jóvenes. Tampoco es una solución barata, si bien no tiene punta de comparación con lo que cuesta un día de privación de libertad. En Alemania una mediación cuesta alrededor de 1069\$, en Austria 975\$, en Holanda 524\$ en Francia hasta un mes 97\$ hasta tres 19\$ y hasta seis 389\$, en España cuesta 919\$.

XI. El rol del mediador y su formación

Es indiscutible que el rol va unido a la concepción ideológica del proyecto. Así para quienes la mediación es algo más que una alternativa, su regulación está fuera del seno de la justicia. Para quienes forman más o menos parte del sistema, los mediadores también pertenecen a él.

En Noruega por ejemplo, cada municipio tiene sus propios mediadores. Los mediadores son seleccionados entre los ciudadanos que lo soliciten y nombrados por un período de 4 años por la Junta Municipal (la Junta la forma: 1 representante del municipio, 1 policía, 1 director de la junta de mediación). Los solicitantes han de ser mayores de 25 años, no tener antecedentes penales y ser considerados competentes y adecuados para el trabajo. El mediador no es un profesional y por tanto los estudios (carrera o similar) no cuentan. Las cualidades que se le exigen son: capacidad de escuchar, imparcialidad, capacidad de conducción del proceso de mediación así como capacidad de negociación. Hay un curso de preparación de 24 horas. A partir de aquí la responsabilidad es del mediador.

En España los mediadores provienen generalmente del campo de la justicia juvenil o servicios sociales y en su mayoría son trabajadores sociales o psicólogos. En algunas ciudades como en Barcelona se han especializado y solo se dedican a estos programas (33).

En Francia rige un sistema mixto, pero hay que resaltar la gran influencia que han tenido en este país las asociaciones de víctimas y la idea de que la sociedad civil debe participar en la política criminal. El sistema penal no puede seguir funcionando sobre un modelo de "autosuficiencia". La particularidad del modelo francés es que son asociaciones controladas por el aparato judicial. Las versiones son diferentes en algunos lugares como en Valence en donde no son profesionales, mientras otros sí lo son. El resultado final se resume en la frase "hacia una mediación asociativa reglamentada y controlada por el Estado" (34).

En Austria donde el modelo está extraordinariamente desarrollado, comenzó en manos de los profesionales de la Bewährungshilfe, (libertad vigilada). En la actualidad han pasado a formar parte de una gran asociación que desarrolla su actividad en todo el territorio y cuenta con una gran experiencia. Ahora bien, en Austria cuentan con una gran tradición del voluntariado, sin el cual afirmar les sería imposible llevar adelante los programas. En Inglaterra la crisis económica y el propio sistema ha dado pie a una muy importante incorporación de la sociedad civil (35).

XII. ¿Qué evaluar?

El terreno de la evaluación tiene los problemas propios que marcan toda la conciliación víctima-delincuente. No sabemos bien que evaluar, si la participación, la negociación, la realidad, o la no reincidencia. Tampoco sabemos a partir de que momento. Si contar las cifras desde el principio, o bien cuando ya se ha llevado a término la conciliación. Según de que momento se parta, las cifras serán diferentes. Así que aportaremos solamente algunos datos.

Los resultados europeos son algo superiores a los norteamericanos, así por ejemplo las grandes tendencias serían las siguientes.

a) Aquellos que han pasado por una mediación suelen verla de forma favorable. Entre las víctimas, el 61 % en Norte América volverían a realizar una experiencia. Entre el 80 y 85 % en Europa, volverían a participar en una mediación.

b) A partir de que un encuentro de mediación se lleva a término, suele ser valorado de forma positiva entre el 80 y el 90 % tanto entre las víctimas como en los delincuentes.

c) Un sector relativamente importante de las víctimas rechazaban participar (entre tres y cuatro cada diez). Mientras que en los delincuentes sólo es uno o dos de cada diez.

d) De la totalidad de casos propuestos para una mediación (desde el principio), se llevan a cabo: en el extremo, Inglaterra con un 60 % de los casos, hasta el máximo del 90 % en Austria.

e) Globalmente la mediación alcanza mayores éxitos entre aquellos que la "han probado", las víctimas tienen al respecto un importante grado de satisfacción emocional y moral.

f) En Austria por ejemplo el éxito es del 90 % en los jóvenes y el 70 % en los adultos.

g) En cuanto a la reincidencia, las cifras no son comparables ya que en muchos países es condición indispensable para una mediación que el delincuente sea primario, a la vez que por hechos no muy graves, ello ya daría de entrada resultados más positivos, que la privación de libertad.

h) Finalmente destacar que de la mediación cabe esperar otras cosas más que no sólo la no reincidencia. Pero esto sería motivo de un debate aparte.

XIII. La mediación en la Europa Central y Oriental (36)

En los países de la Europa Oriental y Central el control social por parte de la comunidad lo ostentaban los Tribunales Sociales, diseñados no solamente para la mediación, sino también para administrar justicia penal en la mayoría de estos países. Sus principales características eran una actitud oficial muy favorable a las soluciones privadas. Según el Prof. Dr. **DAVOR KRAPAC**, hay muchos motivos históricos que justificarían su implantación, pero dos son los principales: a) las raíces ideológicas del marxismo soviético que justificaban una desjudicialización en el ámbito de la Administración de Justicia, y b) una orientación política de una justicia diseñada para ejecutar la política del gobierno. Así la participación popular en la Administración de Justicia, representaba una importante parte de la lucha contra la burocracia con la consecuente participación de las masas obreras y campesinas en el control y supervisión de cada institución.

Como puede verse la institución de Tribunales de camaradas no actuaba bajo la idea de "solucionar conflictos" sino de controlarlos. Conjuntamente con otros elementos del sistema de justicia del Estado, se hacían servir para disolver el proceso penal, en un sistema administrativo y de control social más amplio, donde los acusados eran tratados como "delincuentes juveniles" y no como personas adultas.

A primera vista, estos mecanismos extrajudiciales de conflictos recibieron toda suerte de para bienes, incluso por parte de los países occidentales. Se decía, que el procedimiento poco formal fomenta la participación de las partes creándose un clima ideal para la mediación y para la prevención. Con el paso del tiempo se produjo un progresivo conocimiento de las desventajas de este sistema especialmente en aquellos países que habían tenido una larga tradición jurídica y cuyas principales razones para desconfiar de estos tribunales eran tanto políticas como legales.

Tanto la composición de los tribunales, su escasa profesionalidad, así como su profundo desconocimiento de los temas legales, provocaron grandes dudas. A ellos había que añadir la falta de garantías procesales mínimas.

Ciertamente que esto no es ni mucho menos la mediación planteada en Occidente, pero el Profesor **KRAPAC** pone el dedo en la llaga, diciendo que no es el momento para los ex-países socialistas en pensar en procesos no formales.

Primero hay que recuperar, dice este autor, todas las garantías derivadas del principio de legalidad y la mediación sólo puede darse a partir de este respeto.

XIV. La mediación en el futuro

De las palabras que he pronunciado se desprende indudablemente que soy una persona extraordinariamente favorable a la mediación. He conocido los programas personalmente. En algunos casos, los he llevado a término, y puedo decirles que es algo que no se olvida. Vivimos un momento difícil en el Derecho Penal, muchas de nuestras paredes se derrumban y por ello es necesario levantar otras nuevas. Pero los muros no deben ser los de las prisiones. La forma de construir no es precisamente aislando, inocuizando. Existen otras formas de concebir el Derecho Penal, pues existe una manera positiva de entender el Derecho, y ésta sería el de la reparación a las víctimas. En todos aquellos países donde la mediación se ha puesto en marcha, sus principales "vendedores" han sido los operadores sociales que han visto una auténtica posibilidad real: que la justicia penal cumpla algo más que una función sancionadora

Pero la mediación significa fundamentalmente que los conflictos se resuelvan allí donde se crean y en especial una confianza en el hombre y para el hombre pues como decía un filósofo de la ilustración lo que viene del hombre debe permanecer en el hombre.

Hoy en nuestras democracias y en la Europa del año 2000, debemos entender que el conflicto penal no pertenece ni en exclusiva ni prioritariamente al Estado. Que el conflicto pertenece a la propia sociedad, a los hombres y mujeres que la formamos.

Notas

(1) La Reforma del Código Penal español. Ley Orgánica 10/1985 de 23 de noviembre que aprueba el nuevo Código Penal.

(2) SESSAR, K Zur Akzeptanz der Wiedergutmachung. Bonn, 1989, pág. 42.

(*) Consejo de Europa, S. PACE 93.2

(*) 1988-1992 Bulletin d'Administration Pénitentiaire. Consejo de Europa. 1993 Consejo de Europa, S. PACE 93.2.

(3) CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*. Méjico, 1989.

(4) ROXIN, C. "La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones" en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, n.º 8, 1991, págs. 19-30.

(5) MAIER, F. "La víctima en el sistema penal" en: jueces para la democracia n.º 12, 1991.

(6) Entre otros Roxin, Rössner, Dünkel, Jessioneck...

(7) MARSHALL, T. "Mediation and criminal justice. The UK experience" en: Seminario Pan-europeo sobre mediación víctima-delincuente: abordaje, ejecución y problemas. Barcelona, 12-14 de julio de 1995.

(8) HIRSCH, H.J. "La posición del ofendido en el Derecho Penal y en el derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación" en Cuadernos de Política criminal n.º 42, 1990 págs. 561-575.

(9) Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtslehrer: *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, Munich, 1992.

(10) TRENCZEK, T. "Una avaluació de víctima-delinqüent-reconciliació. Envers una privatització del control social" en: Papers d'Estudis i Formació n.º 8, 1992, págs. 21-39.

(11) PFEIFFER, C. "Täter-Opfer-Ausgleich-das Trojanische Pferd im Strafrecht?" en ZRP, 1992.

(12) MARSHALL, T., ob. cit.

- (13) ZWINGER, G. "10 Jahre aussergerichtliche Tatausgleich in Österreich" Salzburg, noviembre de 1995.
- (14) SCHROLL, H.V. "Konfliktregelung in der österreichischen Praxis Zugleich ein Beitrag zum Stand der Diversion in Österreich" en Universidad de Greiswald, agosto, 1995.
- (15) DUNKEL, F. "Täter Opfer Ausgleich in Deutschland" Budapest, agosto, 1993.
- (16) RÖXIN, C. "Die Wiedergutmachung im System der Strafwzwecke" en: *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Munich, 1987.
- (17) SESAR, K. ob. cit., págs. 42 y ss.
- (19) SNARRE, A., ob., cit.
- (20) DÜNKEL, F. "La víctima en el dret penal, en vies d'una justícia criminal orientada cap a l'autor a una d'orientada cap a la víctima?" en: Paper d'Estudis i Formació, n.º 8, 1992.
- (21) LAZERGES, C. "Essai de classification des procedures de médiation" en Archives de Politique Criminelle, n.º 14, 1992, págs. 17 y ss.
- (22) Der Bericht 1995. Aussergerichtlicher Tatausgleich in Salzburg, januar, 1996.
- (23) ROJARE, S. "Une politique criminelle participative: l'exemple de la participation des associations à la variante de médiation" en: Archives de politique criminelle n.º 11, 1989.
- (24) TAMARIT, J.M. *La reparació a la víctima en el dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals*. Col. Justicia i Societat, n.º 11, 1993.
- (25) MARSHALL, T., ob. cit.
- (26) GARCÍA PABLOS, A. "El dret penal i la víctima" en: Papers d'Estudis i Formació, n.º 8, Barcelona, 1992.
- (27) Der Bericht, 1995, ob., cit., 1996.
- (28) Marshall, T. ob., cit.
- (29) KEMENY, S. "Victim-offender-mediation: approaches, achievements problems" en Seminario Pan-europeo Mediación víctima-delincuente: abordaje, ejecución y problemas. Barcelona, 12-14 de julio de 1995.
- (30) FUNES, J. (Dir.) Mediación i Justícia Juvenil. Col. Justicia i Societat, n.º 12 Barcelona, 1994, págs. 101 y ss.
- (31) Todos los autores coinciden en resultados satisfactorios, pero debe remarcar que quien acude a la mediación ha pasado un proceso de selección previo y por tanto las posibilidades de éxito son mucho mayores.
- (32) The State of Knowledge in the United Kingdom" en ROBERT, Ph. (dir.) *Crime and Prevention Policy* Freiburg i Br.: Max-Planck-Institut, 1993.
- (33) VIZCARRO, C. "La mediación (legislación i práctica): l'experiència espanyola" en Seminario pan-europeo Mediación, víctima-delincuente: abordaje, ejecución y problemas. Barcelona, 12-14 de julio de 1995.
- (34) ROJARE, S. ob., cit.
- (35) MARSHALL, T., ob. cit.
- (36) KRAPAC, D. "The position of the victim in criminal justice: a restrained central and eastern european perspective on the victim-offender mediation" en Seminario Pan-europeo Mediación víctima-delincuente: abordaje, ejecución y problemas.