



La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar

Horacio Roldán Barbero

Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. Introducción. II. La situación en España. III. El contenido no punitivo de la mediación. 1. El perdón. 2. La reparación del daño. 3. La prestación de trabajos o servicios. 4. Tratamiento de deshabitación. 5. Tareas socio-educativas. IV. Instancias de mediación. Su relación con la formalización del control. 1. Mediadores. 1.1. Jueces de paz. 1.2. Los equipos técnicos de menores. 1.3. Los servicios de asistencia a las víctimas. 1.4. Profesionales privados. 1.5. Voluntarios. 1.6. El acuerdo del fiscal y el abogado sobre la respuesta punitiva (la conformidad). 2. Mayor o menor formalización del control según las instancias de mediación. V. Razones de la mediación. 1. El naturalismo. 2. La mala imagen de la justicia. 3. Un pacto razonable con el abolicionismo. 4. La inteligencia emocional y el nuevo abordaje del conflicto. 5. El reconocimiento oficial a los valores femeninos. 6. La prevención general positiva. VI. Los puntos débiles de la mediación. 1. Coacción indirecta a la negociación. 2. Una nueva justicia de clase. 3. Diferente tratamiento en los delitos. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía

I. Introducción

En la actualidad se habla mucho de mediación penal. Existe además un gran entusiasmo, en ciertos sectores, por esta actividad. Pero la mediación es también una palabra equívoca. A veces aparece confundida con sus elementos o contenidos básicos: conciliación, reparación. Otras veces se la maneja como expresión unívoca de la llamada justicia restaurativa.

Debemos comenzar diciendo que la mediación penal es un proceso de interacción entre el ofensor y la víctima a través del cual un tercero facilita el logro de una solución no punitiva ante el conflicto delictivo planteado. Dicho tercero no es un árbitro, ni un juez. Contribuye únicamente a que otros decidan y se pongan de acuerdo. La solución adoptada, que idealmente debe responder más a los deseos y sentimientos de las partes que a los derechos (por ejemplo, EDELMAN/CRAIN, 1996: 87), se encarna en dos elementos claves: la conciliación y la reparación. La reparación —como se irá viendo— no tiene por qué consistir sólo en una prestación económica. Puede concretarse también en otras actividades de carácter restaurativo.

Asimismo, la mediación es uno de los diversos programas que pertenecen al concepto de justicia

restaurativa. El más simple de ellos. En el encuentro, aparte del mediador, sólo se hallan presentes el ofensor y la víctima. Pertenecen también a la justicia restaurativa, las conferencias (*conferencing*) y los círculos (*circles*). Estos programas tienen su origen, respectivamente, en las prácticas de los aborígenes de Oceanía y Canadá. De ahí que su adaptación a la cultura occidental de nuestros días se haya producido principalmente en países como Nueva Zelanda, Australia y, naturalmente, Canadá. Las conferencias incluyen la presencia no sólo del ofensor y de la víctima, sino también de familiares e incluso de amigos de ambos. Más que de mediador, se habla aquí de coordinador o facilitador (BRAITHWAITE/MUGFORD, 1994; VAN NESS/MORRIS/MAXWELL, 2001). Los círculos son parecidos, pero más participativos, en cuanto que también intervienen algunos miembros de la comunidad con interés en el asunto. El concepto de interés es, pues, más expansivo. El nombre de este programa deriva de la forma de sentarse los participantes. El llamado “guardián del círculo” coordina el encuentro. Comienza a pasarles a los participantes, para darles la palabra, un pequeño amuleto, como por ejemplo una pluma, y aquéllos se lo van pasando a su vez unos a otros (para un resumen, VAN NESS/MORRIS/MAXWELL, 2001: 9).

Hechas estas precisiones elementales, debemos decir que la finalidad principal de este trabajo es reconstruir el significado social de la mediación. Para ello no vamos a seguir un orden necesariamente lineal. Empezaremos por exponer cuál es la situación legal de esta figura hoy en España. Seguiremos, delimitando qué contenidos pueden tener los acuerdos de mediación y qué modelos puede presentar la figura según quién sea el tercer mediador. En la parte final del trabajo, recuperaremos la historia, aún corta de la mediación, analizando las razones de su surgimiento y desarrollo y revisando algunas objeciones planteadas a la misma.

II. La situación en España

La primera mención legal al término *mediación* es muy reciente. Procede de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LO 5/2000, de 12 de enero), en vigor desde el 13 de enero de 2001. De momento, su reconocimiento legal se ciñe sólo al derecho de menores. En el derecho penal de adultos, se encuentra también anunciada, pero a un plazo todavía largo. Hasta el 22 de marzo de 2006 se cuenta para asumirla en la legislación interna. Éste es el plazo señalado en el art. 17 de la Decisión Marco del Consejo Europeo, de 15 de marzo de 2001, el cual, en todo caso, no tiene por qué ser agotado. Cualquier país miembro de la Unión Europea puede ponerse ya manos a la obra (si aún no lo ha hecho) y plasmar en su derecho interno la figura de la mediación.

Esta Decisión Marco tiene un efecto vinculante para los países miembros, como consecuencia del principio de aplicación directa de las normas comunitarias. Con anterioridad a dicha Decisión, distintos organismos internacionales habían venido aconsejando, desde la década de los 80, la conveniencia de adoptar un sistema de mediación. Tanto el Consejo de Europa, a través de sus Recomendaciones de 28 de junio de 1985 (R -85- 11) y de 21 de septiembre de 1987 (R -87- 21), como Naciones Unidas, a través de su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, habían animado a todos los Estados miembros a utilizar mecanismos oficiales de solución de conflictos, como la mediación (por ejemplo, GONZÁLEZ VIDOSA, 2001: 69; GARCÍA RODRÍGUEZ, 2001: 2). Pero estos instrumentos, a diferencia de la anteriormente comentada Decisión Marco, carecían de fuerza obli-

gatoria, quedando sólo en el marco de un recomendable deber ser.

En la mediación se produce un fuerte contraste entre su escaso y, en todo caso, reciente reconocimiento legal y la amplitud de experiencias prácticas llevadas a cabo hasta ahora. Parece como si la energía intrínseca de esta figura fuera tan grande que desbordase las mismas previsiones legales. Esto ha sucedido, particularmente, en aquellos países cuyos ordenamientos jurídicos tienen recogido el principio de oportunidad. Nueva Zelanda, por ejemplo, ha convertido la mediación (o programas asimilados) en la forma general de resolver los conflictos delictivos en el ámbito de la justicia juvenil (BRAITHWAITE, 2000: 53-54). En España, por su parte, se han venido produciendo diferentes experiencias en mediación penal, sobre todo, en la justicia de menores. A Cataluña se le reconoce el mérito de haber sido la comunidad pionera, a partir de 1990. El reconocimiento expreso del principio de oportunidad, a través de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, estimuló estos proyectos (FUNES, 1995: 41; DELGADO, 1998: 21; AA.VV., 1999: 46). Dicha ley normalizó la práctica de la mediación en la justicia juvenil, por más que el término como tal no se mencionara. En adultos, también se han llevado a cabo experiencias de este tipo, pero aquí ha habido el inconveniente de la falta de reconocimiento expreso del principio de oportunidad. Según GONZÁLEZ VIDOSA, el primer experimento se llevó a cabo en Valencia, a mediados de los años 90¹, promovido por la oficina de asistencia a las víctimas de dicha ciudad y gracias a la disposición prestada por un juzgado de instrucción, el cual consideró que, no obstante la falta de reconocimiento explícito del principio de oportunidad, algo se podía hacer entre los intersticios del sistema legal (GONZÁLEZ VIDOSA, 2001: 70). Otra cosa, lógicamente, fue que esa mediación no pudiera tener más efectos jurídicos que los previstos en las leyes. Esta circunstancia, como recogió la prensa de esos días², vino a inhibir en último término la participación de ofensores y víctimas en los procesos de mediación, a no ser que éstos se llevaran a cabo por una vía extrajudicial.

III. El contenido no punitivo de la mediación

La solución mediadora descansa en un acuerdo no punitivo entre las partes. Su consecuencia es una

1. De esta experiencia dio cuenta el diario *El País*, de 3 de mayo de 1995, en sus páginas dedicadas a la Comunidad Valenciana. Cfr. Anexo a la Memoria de la Oficina de Ayuda a la Víctima del Delito (AVD) de Valencia, año 1995.

2. Cfr. Memoria citada en la nota anterior.

justicia *restaurativa* en lugar de retributiva. El pacto en la mediación consiste en el compromiso del ofensor y en la aceptación por parte de la víctima, de cumplir algunas medidas o prestaciones. Algunas de esas medidas tienen una larga tradición en el mundo jurídico. En los últimos años, se las ha remozado y actualizado para que puedan integrarse en el nuevo modelo no punitivo. Asimismo se las ha intentado depurar de los ribetes penales o sancionadores que han acompañado a algunas de ellas en su evolución. Si esta reconversión llega a hacerse creíble, desaparecerán los motivos para recelar del consabido "fraude de etiquetas", y las medidas adoptadas tendrán verdaderamente un carácter restaurativo en lugar de punitivo.

El catálogo no punitivo del acuerdo no tiene en principio un carácter cerrado. Pero, a la vista de los precedentes legislativos, las recomendaciones de los autores y la misma práctica de la mediación, viene conformándose en torno a una serie de elementos básicos. Por una parte, el perdón, la reparación del daño y la prestación de un trabajo o servicio a favor de la comunidad e incluso de la propia víctima; este último normalmente ligado al anterior. Por otra parte, la voluntaria aceptación del ofensor a acogerse a una actividad educativa, dentro de la cual, según algunos autores (WRIGHT, 1991: 122), podría incluirse el tratamiento deshabitador de la drogodependencia.

La ley española reguladora de la responsabilidad penal de los menores hace suyos, básicamente, estos contenidos, si bien el énfasis hasta ahora puesto en las actividades educativas viene siendo mucho menor que en los demás supuestos.

Como puede verse, estos elementos se detraen de las consecuencias menos sancionadoras del sistema legal, tanto en menores como en adultos. Llámense esas consecuencias, penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias o deberes o reglas de conducta.

Hay que insistir en que algunas de las medidas citadas no son en absoluto novedosas. Han estado presentes en la discusión político criminal desde hace muchos años. Pero ha faltado a última hora, y durante mucho tiempo, la voluntad firme de utilizarlas como instrumentos de una solución consensuada de la divergencia y en beneficio no sólo del ofensor, sino también de la víctima y la comunidad.

1. El perdón

El perdón es el primer elemento de un posible acuerdo entre víctima y ofensor. Dado su sentido moral, algunos prefieren hablar aquí, mejor, de *conciliación*. Históricamente, ha tenido dos for-

mas principales: como perdón judicial y como perdón del ofendido.

El perdón judicial es una fórmula hoy prácticamente olvidada ante el empuje, en la mayoría de las legislaciones, de la suspensión condicional de la pena, ligada a un período de prueba, sometida a veces a reglas de conducta e intervenida, incluso, en algunos países, por supervisores o ayudantes (los *probation officers*, los *Bewährungshelfer*). En él, la conciliación entre autor y víctima no se ha visto propiamente como un requisito indispensable. Sin embargo, alguno de los tratadistas clásicos de esta institución ya destacaba entre sus objetivos el de conseguir "una íntegra restauración", "una conservación ética", aspiraciones éstas no muy lejanas a la idea de conciliación. Dichos objetivos venían a considerarse, pues, de algún modo, consecuencias implícitas a la magnanimidad de un juez que no pronunciaba una condena, sino que simplemente, y tras afirmar la culpabilidad del imputado, lo perdonaba (ANTÓN, 1922: 8-9).

Reivindicado más modernamente por algún autor (BERISTÁIN, 1987), el perdón judicial ha quedado, como decimos, definitivamente borrado de la legislación española y olvidado ante la alargada sombra de la suspensión condicional de la pena. Y en esta última institución, el elemento conciliador brilla por su ausencia, auspiciándose sólo, desde la entrada en vigor del código de 1995, otro de los elementos básicos de la justicia restaurativa: la reparación material del daño, si bien no ligado a ningún plan de asentamiento de la paz social.

La idea conciliadora ha sido más propia de la otra modalidad del perdón: el perdón del ofendido. Esta variante sí se halla expresamente reconocida en la legislación española. Sometida a diferentes vaivenes normativos, muy pocos le han hecho caso en realidad hasta ahora. La ley no condiciona su eficacia a la presentación de disculpas por parte del ofensor, sino tan sólo a la benevolencia de la víctima. No obstante, puede quizás desprenderse una elemental entente entre ambas partes del conflicto. Los delitos y faltas donde cabe el perdón prejuzgan una relación donde es perfectamente concebible el eventual acercamiento de ofensores y víctimas: injuria y calumnia (art. 215 CP, art. 106 LECrim.), descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.3 CP), daños imprudentes (art. 267.3 CP), amenazas, coacciones o vejaciones de carácter leve (art. 620 CP en relación con el 639.3 CP), imprudencias con resultado de muerte o lesiones calificadas como falta (art. 621 CP en relación también con el 639.3 CP), la falta de alteración de lindes (art. 624 CP en relación con el 639.3 CP).

Además, el perdón del ofendido, con efecto de causa extintiva de la misma *acción* penal, cumple

con una de las finalidades asignadas a la mediación, tal como luego se verá: producir un aligeramiento en la administración de justicia. Pues ese perdón puede efectuarse en cualquier momento procesal, con singular interés si se produce en la fase de instrucción, en cuyo caso permite evitar la continuación de las actuaciones y lógicamente el juicio oral.

Aparte de los delitos y faltas expresamente establecidos en la ley, el perdón se enhebra hoy al dato empírico de la voluntad de muchas víctimas de ser escuchadas por alguien y escuchar asimismo de sus ofensores las razones por las que han sido ellas las elegidas, pero sin espíritu de venganza (DÜNKEL, 1990: 141; BRAITHWAITE/MUGFORD, 1994: 149; GONZÁLEZ VIDOSA, 2001: 73). Esto hace pensar en la conveniencia de su no excesiva limitación en la ley (BERISTÁIN, 1987). Si de dicho perdón, tras las disculpas sinceras presentadas por el ofensor, se deriva un acuerdo conciliatorio, no tiene mucho sentido imponer posteriores medidas para el reequilibrio social. Y ese acuerdo parece más factible alcanzarlo a través de la mediación.

2. La reparación del daño

Tampoco este otro elemento del acuerdo mediador es en absoluto nuevo. De hecho, desde el nacimiento de la codificación penal, en la primera mitad del siglo XIX, ha estado ligado a la propia responsabilidad penal. En este sentido, la reparación del daño ha aparecido como una consecuencia *accesoria* del delito. Su función como pena propiamente dicha o como tercera vía a sumar al sistema clásico de penas y medidas de seguridad ha sido destacada, sobre todo, a raíz del movimiento llamado de *diversión* de los años 80 del pasado siglo (resumiendo, con distintas valoraciones, PÉREZ SANZBERRO, 1996: 24 y ss.; LARRAURI, 1997a: 171 y ss.; SILVA: 1997: 183 y ss.; ALASTUEY, 2000: 66 y ss.).

En cierto modo, esa función tuvo ya un importante precedente dentro del movimiento de política criminal de finales del siglo XIX y principios del XX. En España recibió entonces una influencia parcial de la Escuela positiva italiana y alcanzó un cierto predicamento entre los más conocidos correccionalistas.

GAROFALO, uno de los positivistas italianos más influyentes, dedicó una monografía a exponer la importancia del aspecto indemnizatorio a la víctima en la justicia penal. Para él, dicho capítulo debía constituir la partida principal de la *multa*. Una segunda cantidad de esa multa, de menor importancia, debiera ser la destinada para el Estado. Una "multa" así concebida podía ser un me-

dio apto para sustituir las penas de prisión en el marco de la delincuencia ocasional. Sin embargo, la propuesta de GAROFALO no llegó a tener, en último término, excesivo valor de precedente de la moderna política criminal de neutralizar, mediante la reparación del daño, el empleo de ciertas penas. Fiel a las formas prepotentes y autoritarias de los positivistas italianos, concluía GAROFALO su obra proponiendo un encierro, incluso hasta prolongado, para todos los refractarios a cumplir con sus víctimas (GAROFALO, s.f: 104 y ss.). Con ello volvía a revalidar la pena que en principio decía querer evitar.

Por parte española, fue SILVELA el principal partidario de la reparación del daño. Quizás le faltó a su propuesta algo más de profundidad para alcanzar una mayor difusión. Pero la misma fue adoptada por algunos Proyectos de reforma al código de 1870. Singular importancia tuvo en este sentido el Proyecto Ugarte de 1906. Este Proyecto, muy poco recordado hoy, fue, sin embargo, de gran importancia, pues en él se decía, en un sentido plenamente actual, que "todas las penas se considerarán redimibles... a) Por indemnización y resarcimiento...". Parece que en la redacción del mismo intervino activamente SALILLAS, el cual, unos años antes, también se había pronunciado a favor de dicho sistema de conversión, aunque admitía que el tema de la indemnización a las víctimas se encontraba en estudio. También DORDO, por último, en el *Estudio crítico* que antecedió al libro de GAROFALO antes citado, aprobó la función de la reparación del daño como estrategia penal (referencias históricas en ROLDÁN, 1983: 21-22, nota 30).

Ninguna de estas propuestas llegó a tener demasiado éxito a medio plazo. Tan sólo el Código penal de 1928, en cierta medida, se hizo eco de ellas. Ese movimiento de política criminal de finales del siglo XIX y principios del XX fue abruptamente interrumpido. Tanto la criminología como el derecho penal volvieron a centrarse prioritariamente en la figura del autor del hecho delictivo, cayendo de nuevo la víctima en el anonimato.

A esa prolongada fase de olvido de las propuestas a favor de la reparación del daño han contribuido diversos factores. Unos tienen naturaleza política: las dictaduras europeas (Alemania, Italia, España, Portugal), durante un mayor o menor período del siglo XX. Otros, responden a un nuevo orden en las preferencias jurídicas. Entre estos últimos pueden citarse: a) la gran difusión de la multa como sanción penal a pagar al estado, y no al ofendido, como medio de sustitución de las penas privativas de libertad de duración breve y media (hecho desde luego no tan visible en el derecho

español como, por ejemplo, en el derecho alemán); b) la opinión de no pocos autores de ver en la reparación del daño, como "sanción" contra el delito, un atentado al supuesto progreso jurídico de separar el derecho penal del derecho civil; c) el carácter polivalente asignado a la suspensión condicional de la pena, donde la reparación del daño ha quedado finalmente embebida entre los requisitos para su concesión.

El CP vigente admite, en cierto modo, la función político criminal de la reparación del daño. Quizás en mayor medida de lo que a veces se piensa (QUERALT, 1996: 148; SILVA, 1997: 183 y ss.). En determinados delitos contra bienes colectivos, como el delito fiscal, contra la seguridad social o el fraude de subvenciones, si el implicado repara el daño (regulariza), aun después de consumado el hecho delictivo, se le exime de responsabilidad penal (arts. 305.4, 307.3 y 308.4 CP). Se considera preferible el cobro inmediato por parte de la administración que diferir ese cobro a la finalización de un lento proceso judicial. También en los delitos patrimoniales no violentos, se contempla la exención de responsabilidad penal cuando los sujetos, activo y pasivo, están unidos por un vínculo matrimonial, de parentesco e incluso de afinidad (art. 268 CP). Se opta aquí por el criterio de no crispar aún más con la pena las relaciones familiares, dejándose únicamente subsistente la responsabilidad civil derivada de esas conductas.

En la parte general del código no se ha llegado a tanto. Simplemente se le da a la reparación del daño el carácter de circunstancia atenuante (art. 21.5.º), al igual que sucede asimismo en otros artículos de la parte especial, como es el caso de los delitos sobre la ordenación del territorio, el patrimonio histórico-artístico y el medio ambiente (art. 340 CP).

Pero ninguna de estas previsiones legales de la reparación del daño va más allá del frío pago de una cantidad económica. Enmarcada en el proyecto de mediación, se pretende conseguir algo más: que la misma contribuya a una solución menos traumática del conflicto, siempre que las partes voluntariamente lo convengan así (MÜLLER-DIETZ, 1991: 200).

3. La prestación de trabajos o servicios

Aunque de forma muy excepcional, la prestación de trabajos o servicios en beneficio de la comunidad fue ligada, ya a finales del siglo XIX y principios del XX, a la propia reparación del daño. Bastantes autores de delitos, según se sabía por una elemental experiencia, no podrían indemnizar a la víctima por carecer de medios económicos. A ellos se les debería

ofrecer la posibilidad de reparar el daño mediante trabajos. Ya el propio Ugarte destacaba esta función subsidiaria, al subrayar sin recato que "al menesteroso no se le puede aplicar la redención metálica, que sólo tiene alcance para el pudiente" (citado en ROLDÁN, 1983: 22, nota 30). Estos trabajos, y en esto sí disenta el movimiento de política criminal de hace un siglo con el actual, no se pensaron entonces en beneficio directo de la víctima, sino, a lo más, indirecto: el trabajo debía ser prestado a favor de la comunidad o del estado y, a través del mismo, podrían ser obtenidos en su caso los recursos económicos para compensar al ofendido por el delito. Modernamente, en cambio, se pretende propiciar también la perspectiva del servicio directamente prestado a favor de la víctima. Dado que dicho trabajo no se concibe ahora en términos económicos, se habla más bien de conseguir con él una reparación *simbólica*.

Hasta su rehabilitación reciente, este elemento del proyecto no punitivo de la mediación ha corrido una suerte parecida a la reparación del daño. Aquí también el gran auge alcanzado por la multa nubló pronto las posibilidades de este recurso. Y fue como sucedáneo de dicha pena pecuniaria donde alcanzó un mayor predicamento. La evolución subsiguiente de esta medida estuvo ligada al debate sobre sus posibilidades para evitar la prisión subsidiaria en caso de impago de multa. En Alemania se había previsto ya el trabajo en beneficio de la comunidad en los años 20 del pasado siglo, mediante la llamada "legislación sobre multas" (*Geldstrafengesetzgebung*), si bien hasta los años 80 no comenzó a encontrar un verdadero desarrollo práctico (BLAU, 1986: 199-200). En Inglaterra encontró una expresa carta de naturaleza, en 1972, a través de la fórmula de la *community service order* (por ejemplo, WRIGHT, 2000: 20). Y en España, pese a las propuestas pioneras de autores como SILVELA y de alguna breve iniciativa legislativa, como la del código de 1928, ha habido que esperar hasta 1992 para verlo reflejado en la legislación de menores, como medida de seguridad, y hasta el código de 1995, para su recepción en el derecho penal de adultos, como pena subsidiaria de la multa impagada o sustitutiva del arresto de fin de semana (art. 53.2 CP, art. 88.2 CP). En una y otra legislación figuran, por tanto, como sanciones *penales*. De muy poco uso práctico en la justicia de adultos (CID, 1999: 142-143) y de significación creciente en la justicia de menores (AYORA: 1997: 271). Al ser reivindicado ahora como elemento plausible de los programas de mediación, debe ser reactivado y, al mismo tiempo, reconvertido en una fórmula no punitiva.

Por eso, interesa no ya sólo como subrogado de la multa, sino como elemento de apoyo a la mis-

ma reparación del daño. Esta función se considera plausible en relación con los ofensores insolventes o para hechos contra bienes colectivos, como pueden ser los relativos al medio ambiente.

Algún retazo de este planteamiento, aunque desprovisto del carácter alternativo con el que lo plantean las modernas orientaciones político criminales, lo encontramos ya reflejado en la ley. Es el caso del art. 339 CP, relativo a los delitos contra el medio ambiente, el cual permite a los jueces y tribunales ordenar, a cargo del autor del hecho, la restauración del equilibrio ecológico perturbado. Huelga decir, sin embargo, que dicha medida tiene en dicho precepto una naturaleza impositiva y no voluntaria. Aparte de ello, se acumula a la pena, en lugar de preverse como alternativa a la misma. De acuerdo a la ideología de la mediación, sólo las prestaciones laborales de carácter voluntario están en condiciones de contribuir al reequilibrio social.

4. Tratamiento de deshabituación

Una medida integrable también, según algunos, en los programas de mediación es el sometimiento voluntario por parte del ofensor a un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación de su drogodependencia. Dicha medida puede ser eventualmente complementaria a la reparación del daño.

Para desarrollar esta posibilidad en el derecho de adultos, habría que comenzar por otorgarle a la medida de seguridad prevista ya en el código (art. 102) un marchamo de voluntariedad frente a la obligada imposición con la que aquél la contempla. Es cierto que la voluntariedad en el tratamiento ha dado hasta ahora pocos resultados, a la vista de la escasísima aplicación de la suspensión condicional de la pena por la vía del art. 87 CP, precepto que viene a prejuzgar el carácter voluntario del proceso de deshabituación. Pero esa inclinación voluntaria al tratamiento se produce hoy en un contexto ajeno a la interacción propia de la mediación y poco estimulada por incentivos sociales.

Aparte de ello, como tal medida de seguridad, el tratamiento deshabituador no tiene hoy excesiva funcionalidad. Sólo opera en los casos de inimputabilidad por síndrome de abstinencia o intoxicación plena (art. 20.2 CP) o de semiimputabilidad en esos mismos supuestos (art. 21.1 en relación con el 20.2 CP). El consumo de drogas está íntimamente vinculado al conflicto delictivo; en particular, a los robos y al pequeño tráfico. La medida debería ser relacionada también con otras normas jurídicas para las que no se prevé ningún tratamiento deshabituador.

Así, los casos de drogadicción crónica, subsumible en la causa de inimputabilidad de alteración psíquica (art. 20.1 CP), y, sobre todo, los de la atenuante de grave adicción (art. 21.2), donde se ha venido a reconocer la figura de la llamada *delincuencia funcional*, es decir, aquella en la que la droga es causa inmediata del delito (PADILLA, 2001: 59-60 y 194-195).

La consecuencia final de este régimen legal es la numerosa presencia en las cárceles de internos con problemas de drogadicción. Más del 50% de ellos son adictos, en mayor o menor medida. Estos problemas, unidos a los de la marginación social, permiten asentar el concepto sociológico de *cárceles de la miseria* (WACQUANT, 2001: en particular, 115-116). Ante esta realidad, el derecho penitenciario hace algunos guiños. Prescribe que en los establecimientos para jóvenes se garantice un programa de intervención dirigido a las drogodependencias. Admite también la asistencia extrapenitenciaria a centros de deshabituación para los penados clasificados en régimen abierto. Asimismo, en la práctica, la concesión de la libertad condicional se acompaña a menudo con el sometimiento a un tratamiento de rehabilitación.

Todo este dispositivo poco puede hacer de momento ante una situación social demasiado repetitiva: en la marginación anida la droga, a modo de huida, de no-ser, y ese binomio lleva a la cárcel o a la muerte³. Tampoco la mediación, asentada en este contexto, va a poder conseguir apenas algo más que el arreglo de unas pocas situaciones problemáticas.

5. Tareas socio-educativas

Se trata del elemento menos desarrollado hasta ahora. Contemplado en la ley española sobre responsabilidad penal de los menores, se están celebrando en la actualidad algunas reuniones con centros cívicos para reforzar el uso de esta medida (referencia verbal de Ana Santiago). El derecho de adultos conoce de estos programas como deber o regla de conducta que puede imponer el juez durante el período de prueba de la suspensión condicional de la pena (art. 83.1.4.º CP). Aparte de un carácter formativo, el programa puede tener carácter laboral, cultural, de educación vial, sexual y otros similares. Pero, según parece, en cualquiera de sus variantes, estos deberes se hallan infrautilizados por la justicia, acaso por la falta de convenios con otras administraciones. Dentro de la mediación podrían dar seguramente mucho más juego.

3. Un cuadro demoledor sobre estas relaciones lo ofrece la película de Víctor Gaviria, *La vendedora de rosas*.

IV. Instancias de mediación. Su relación con la formalización del control

La mediación no sólo persigue un objetivo no punitivo. Es característica básica también de la misma la presencia de una instancia o tercero que coordine y favorezca la obtención de ese objetivo. Este mediador, como se ha dicho, es un elemento activo del proceso, introduciendo elementos de reflexión que posibilitan un cambio de actitud en las partes, a fin de que cada una de ellas flexibilicen sus posiciones y puedan ver a la otra de forma más humana (AA.VV., 1999: 51). A este mediador, dentro de la concepción más auténtica o purista de la mediación, se lo quiere ver imbuido de unos altos principios morales y sociales, desprovisto de aspiraciones de poder, neutral y diestro en el manejo de las relaciones conflictivas.

Los poderes públicos se debaten hoy acerca de cómo configurar la fórmula de la mediación. La política oficial responde a objetivos de distribuir el juego social según valores, intereses o presiones concretas. Muy difícil será, pues, que las administraciones asignen o reconozcan los puestos de mediador tras la constancia de esos elevados principios morales y sociales. Pero esto, al fin y al cabo, ocurre en muchas otras actividades: hay un profundo abismo entre su concepción ideal y su funcionamiento real.

La pregunta debe ser, por tanto, la de cómo cabe esperar que se distribuya, de acuerdo a un posibilismo social, esta nueva función. ¿A quiénes se les va a reconocer o tienen ya reconocida la tarea de mediación? Para responder a esta pregunta conviene hacer mención a lo que ha habido, a lo que hay en la actualidad y a lo que puede haber en un futuro, a juzgar, sobre todo, por las experiencias de otros países. Tras repasar las posibles instancias de mediación, en un momento posterior se valorará la mayor o menor formalización que esta figura puede adoptar en función de a quiénes se les reconozcan las competencias mediadoras.

1. Mediadores

Aunque hoy se quiere ver en el mediador a una persona o instancia no perteneciente al estamento judicial, este repaso sobre los mediadores potenciales o reales debe comenzar, sin embargo, por la figura judicial que tradicionalmente fue concebida de manera más similar al mediador actual. Este primer hito lo representa el juez de paz. Mucho más mo-

dernamente, al hilo de la difusión de la mediación como fórmula plausible de resolución de conflictos penales, han surgido instancias públicas específicas ocupadas en tareas mediadoras. A este grupo pertenecen los equipos técnicos de menores y los servicios de asistencia a las víctimas. Un siguiente grupo viene representado por las instancias privadas de mediación. Aquí deben incluirse los profesionales privados y los voluntarios. Por último, y aunque no sea una instancia propiamente mediadora, vamos a hacer referencia al papel desempeñado por el abogado y el fiscal en el ámbito de la conformidad.

1.1. Jueces de paz

La más antigua figura de mediación es el juez de paz. La singularidad de este atípico mediador reside en ser miembro del estamento judicial. Es el único órgano jurisdiccional que en su día nació con el fin de procurar la avenencia y la conciliación entre los vecinos. Su condición de *hombre bueno*, su implícito ascendiente sobre toda la población, la creencia incluso de que en el medio rural era posible utilizar una justicia menos formal, permiten considerarlo, al menos en teoría, como un genuino mediador judicial.

La justicia de paz ha sido bastante errática. Se creó por un Decreto de 22 de octubre de 1855 y, tras un largo período intersecular de ostracismo, resurgió a mediados del siglo XX.

Hoy, las competencias del juez de paz en el ámbito penal están muy reducidas. Tan sólo se limitan a unas pocas faltas⁴. Además su condición de lego en el derecho lo hace un personaje extraño en un mundo de titulados y de sabios oficiales. Debidamente readaptado, sin embargo, podría ser el germen de ese juez humanista que tanto se echa de menos, preocupado más de lo verdaderamente acaecido y de escuchar empáticamente a las partes que de formalizar con tecnicismos jurídicos la supuesta realidad de la contienda.

1.2. Los equipos técnicos de menores

En el derecho vigente, la única instancia a la que se asigna *expresamente* una tarea mediadora es a los equipos técnicos de las fiscalías de menores. Corresponde a dichas fiscalías, a la vista del acuerdo de mediación, dar por concluida la instrucción y solicitar al juez el archivo de las actuaciones (art. 19 de la Ley 5/2000). Los equipos técnicos representan, por tanto,

4. Según la nueva redacción del art. 14 LECrim., dada por Ley 36/1998, de 10 de noviembre, la actividad de los jueces de paz se limita a las faltas de los arts. 620 (amenaza, coacción, injuria o vejación de carácter leve), 626 (deslucimiento de bienes inmuebles), 630 (abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos a la integridad o salud de las personas), 631 (soltura de animales feroces o dañinos por los dueños o encargados de los mismos), 632 (maltrato cruel a animales) y 633 (perturbación leve del orden en ciertos lugares).

una instancia pública indisolublemente ligada al sistema de administración de justicia.

Dichos equipos están formados por psicólogos, trabajadores sociales y educadores. La ley prevé, en la Disposición Final Tercera, que el ministerio o las comunidades autónomas con competencias en la materia adopten las medidas oportunas para la creación de cuerpos de psicólogos y educadores y trabajadores sociales forenses.

Con anterioridad a la ley actual, en algunas fiscalías de menores, los equipos técnicos venían ya realizando tareas de mediación (CLEMENTE MICÓ/LÓPEZ LATORRE, 2001). En Cataluña, comunidad autónoma pionera en dichas tareas y particularmente interesada también en dar a conocer sus actividades, los equipos técnicos estaban asistidos por los "equipos de mediación" dependientes del Departamento de Justicia de la Generalitat (AA.VV., 1999: 54-55). En Andalucía, por su parte, se venía produciendo un gran contraste. Mientras en Sevilla no se practicaba mediación alguna (ni, según parece, se practica), en Córdoba y Granada, los equipos técnicos contaban ya, desde hacía años, con un considerable rodaje en estas actividades. Si la mediación tenía que llevarse a cabo fuera de la capital de provincia, los equipos solían delegar, antes como ahora, en trabajadores sociales, para que fueran estos los que *in situ* realizaran las correspondientes tareas.

La nueva ley atribuye, ya sin ambages, la práctica de la mediación a los equipos técnicos. Dicha práctica ha de ser compartida con la elaboración de informes sobre la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor (art. 27). El porcentaje de mediaciones con respecto al número de informes es aún bajo, al menos en algunos sitios⁵. En el siguiente cuadro relativo a la actividad de los equipos técnicos de Córdoba se reflejan en detalle los números de la mediación:

	Informes	Mediaciones	%
1996:	284	17	5,99
1997:	412	18	4,37
1998:	283	26	9,19
1999:	521	44	8,45
2000:	561	35	6,24
2001:	1.024	72	7,03

Fuente: Ana Santiago, psicóloga del equipo técnico de la fiscalía de menores de Córdoba.

1.3. Los servicios de asistencia a las víctimas

Otra instancia pública de mediación son los servicios u oficinas de asistencia a las víctimas de delitos. Esta red asistencial viene desplegándose en toda España, bien promovida por la administración central, bien por las comunidades autónomas e incluso por las corporaciones locales. No en todos los sitios se desarrollan con orden y concierto. A veces responden a veleidades políticas, con ausencia de patrones mínimamente racionales. El acicate legal ha sido la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, cuyo art. 16 manda crear estas oficinas, no sólo para la asistencia a las víctimas de los delitos citados en su título, sino para *todas* las víctimas de delitos y faltas.

Algunas comunidades autónomas habían creado ya estos servicios con anterioridad a este expreso mandato legal, destacando al respecto el caso de la Generalitat valenciana. Esta administración autonómica creó, en 1985, la primera oficina de ayuda a las víctimas de delitos, para lo cual se inspiró en las Recomendaciones internacionales de los años 80, tanto del Consejo de Europa como de Naciones Unidas, así como en la experiencia práctica de otros países.

Las oficinas de asistencia a las víctimas no tienen expresamente encomendada una actividad mediadora. Pero, por lo señalado en las *Memorias* de algunas de ellas y a la vista de las recomendaciones de algunos autores (GONZÁLEZ VIDOSA/STANGELAND, 1996: 3), la mediación debe ser una función propia de las mismas. Si la causa penal se ha abierto ya judicialmente por existir denuncia de la víctima, la mediación entonces queda supeditada a la voluntad de los jueces y sobre todo de los fiscales, los cuales, dentro de los márgenes concedidos por la legislación vigente, pueden eventualmente llegar a alguno de los arreglos compositivos de los hasta ahora permitidos (conformidad con la pena o atenuación de la responsabilidad penal por reparación del daño) o, incluso, consentir que la víctima no comparezca al juicio de faltas cuando es ésta el único testigo de cargo, pudiéndose dictar sentencia absolutoria por falta de pruebas.

De cara a un eventual desarrollo de los servicios de asistencia a las víctimas como instancia de mediación, surge la duda sobre su teórica posición

5. En Cataluña, según parece, el número de mediaciones es en general bastante alto. Cf. AYORA, 1997: 267. Una práctica muy minoritaria se evidencia, por contrapartida, en Aragón. Cf. BERNUZ, 2001: 288.

partidista en el conflicto. Sus clientes, por decirlo así, son los ofendidos o perjudicados por el delito y no los infractores. La nota de neutralidad asignada a todo mediador no se daría, por consiguiente, en dichos servicios. Pese a lo cual, no se debiera limitar de entrada su función mediadora, pues, aparte del gran entusiasmo hasta ahora evidenciado por no pocas de las personas que trabajan en ellos, concurre el precedente de Cataluña, donde los programas de mediación han venido siendo promovidos en el marco del Servicio de Asesoramiento y Atención a la Víctima (por tanto, en el marco de la asistencia a una de las partes en el conflicto), habiendo sido sus resultados hasta ahora ampliamente celebrados (FUNES, 1995; DELGADO, 1998; AA.VV., 1999; GIMÉNEZ-SALINAS, 1999b).

1.4. Profesionales privados

A la vista de la experiencia obtenida de los cursos de mediación y formación de mediadores, la institución parece despertar bastante interés entre profesionales privados. Los tres grupos principales son: los abogados, los psicólogos y los trabajadores sociales. Todos ellos, mediante el reconocimiento previo del respectivo colegio profesional (y naturalmente con una ley que los habilite) podrían constituirse también en instancias de mediación. Se trataría de un nuevo caso de la figura descrita por los administrativistas como "ejercicio privado en funciones públicas" (SÁINZ MORENO, 1983).

En el ámbito penal esta posibilidad no tiene de momento reconocimiento normativo. Por el contrario, en el ámbito civil se han aprobado recientemente diversas leyes autonómicas de mediación familiar (Cataluña, Valencia, Galicia). Se contempla en ellas la posibilidad de que abogados, psicólogos, trabajadores sociales, así como educadores sociales y pedagogos, mediante su inscripción previa en un registro, puedan mediar en las turbulencias familiares. Las parejas en conflicto pueden solicitar los servicios de un mediador, para lo que se deberán dirigir a los colegios profesionales respectivos. En dichas leyes de mediación familiar, el mediador no puede intervenir en el procedimiento judicial. Lo acordado en la mediación ha de ser trasladado al convenio regulador, en su caso, por los abogados de las partes.

Si en la vía penal se reconociera esta instancia privada de mediación, esto podría tener un doble efecto: por un lado, se favorecería la desjudicialización del conflicto, pero por otro, y en la medida en que el acuerdo mediador tuviera que pasar por el filtro judicial, aumentarían la burocracia y pre-

sumiblemente los costes para las partes. Los colegios profesionales tendrían mucho que decir al respecto. Éstos pueden probablemente consentir que una parte de sus miembros se dediquen a mediar, pero es más difícil que admitan que el acuerdo de mediación lo puedan elevar los mediadores directamente al fiscal, sin participación de los abogados *forenses*.

1.5. Voluntarios

Si tomamos la mediación como una tarea social, nada impide que su práctica sea llevada a cabo por voluntarios. El punto de entronque de los voluntarios en tareas de mediación viene dado por la Ley 6/1996, de 15 de enero, del voluntariado. Esta ley prevé su participación en actividades de interés general y, si bien no cita entre éstas las relacionadas con la justicia, bastaría con comprender la mediación entre las tareas cívicas, asistenciales o de servicio social (actividades éstas sí expresamente nombradas) para hacerla compatible con el voluntariado.

Esta posibilidad comienza ahora a abrirse paso en España. Un buen ejemplo de este sistema lo constituye la asociación *Apoyo*, enclavada en el barrio de Moratalaz, en Madrid (SÁNCHEZ ÁLVAREZ, 2002). En otros países, como es el caso de Noruega, hay una mayor tradición en el trabajo con voluntarios, los cuales son incorporados a los proyectos tras un curso de formación (STANGELAND, 1987: 289; DÜNKEL, 1990: 117).

Estas iniciativas se enclavan en una nueva realidad: la gobernabilidad necesita hoy de muchos participantes (BRAITHWAITE, 2000). Una sociedad más involucrada, por otra parte, en la resolución de sus problemas, ayuda a gestionarlos mejor y a no delegar tan precipitadamente en las instancias formales de control (SÁNCHEZ ÁLVAREZ, 2002: 4). En último término, estas mayores implicaciones sociales vendrían a facilitar el paso a un modelo de justicia comunitaria propugnado por diversos autores (CHRISTIE, 1992; BRAITHWAITE/MUGFORD, 1994; WRIGHT, 2000). Como objeción a este modelo cabe sólo temer la posible demudación, a la sombra del voluntariado, de algunas asociaciones en meros grupos de licitadores de contratos públicos.

1.6. El acuerdo del fiscal y el abogado sobre la respuesta punitiva (la conformidad)

La institución de la conformidad, aunque en principio es un acto unilateral de la defensa, en la práctica comporta la búsqueda de zonas de consenso, de transacción penal, a semejanza del *plea*

bargaining anglo-sajón. Con ella se intentan simplificar los trámites del procedimiento y evitar las sesiones del juicio oral, especialmente en el ámbito de los delitos de gravedad pequeña o mediana (Circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado, *Memoria Fiscal*, 1989: 414).

La conformidad no supone en realidad intervención alguna de un tercer mediador. Los negociadores son los representantes de las partes en el procedimiento (el fiscal y el abogado), los cuales, muy a menudo, poco saben de la situación subyacente al hecho delictivo. Su pacto, además, sólo puede consistir en un acuerdo sobre la responsabilidad penal, pero no en una remisión de ésta a través de medidas no punitivas. La conformidad no puede dar lugar en ningún caso al archivo o sobreseimiento de las actuaciones en la fase de instrucción. Su función es únicamente abreviar el juicio oral.

Para que la conformidad pudiera habilitar realmente a fiscales y abogados como órganos de negociación no punitiva, habría que introducir en la legislación procesal una fórmula parecida a la existente, por ejemplo, en el derecho alemán basada en el principio de oportunidad reglada. Con dicho principio se podría negociar, en ciertos ámbitos delictivos, la renuncia a la pena si hubiera conciliación, se reparara el daño causado o, en su caso, se comprometiera el ofensor a realizar alguna prestación de servicios a favor de la comunidad o de la misma víctima. Pero los partidarios de la mediación lo que en realidad desean es crear, mediante la oportunidad, el espacio a un arreglo facilitado por un tercero. Este mediador presuntamente limitaría la presión ejercida sobre el fiscal por ciertos abogados influyentes, aspecto éste desvelado por algunos autores alemanes respecto al tratamiento práctico de la delincuencia económica en ese país (KAISER/MEINBERG, 1984: 346; WEIGEND, 1997: 110). Además tendría la posibilidad de encontrarse con los verdaderos protagonistas del conflicto (el ofensor y la víctima), evitando que el proceso negociador sea sólo una cosa de sus representantes.

2. Mayor o menor formalización del control según las instancias de mediación

Aunque es presentada por algunos como una instancia de no-poder, la mediación es también una forma de control social. Podríamos perdernos en la discusión acerca de si cabe el control sin poder o si aquél necesita inexorablemente de éste. Entiendo que el control social requiere poder, pero este poder es graduable. Puede estar más basado en la coerción material o en la sugestión moral

y puede presentar también una diversidad de estilos (penal, terapéutico, compensatorio y conciliatorio) (HORWITZ, citado por VARONA, 1998: 117 y ss.). En todo caso, una sociedad sin control no se divisa por ahora y quizás si, en un hipotético caso, desapareciera ese control en su aspecto externo, los sistemas sociales —se teme— potenciarían los controles internos, los controles del alma. La mediación ha de verse simplemente como una satisfactoria forma de administración del control. Tal vez como un control sutil. Considerarla de otro modo implica una pérdida del horizonte social.

La mayor o menor formalización del control a través de la mediación va a depender del modelo de mediadores por el que se opte. De entrada, sujetarse a *cualquiera* de las instancias de mediación supone apartarse de la completa desformalización del conflicto. La desformalización consiste, por ejemplo, en la tolerancia, la indiferencia, la resignación, la falta de confianza en el sistema o el abordamiento directo del problema entre las partes. Señala STANGELAND, con razón, que las alternativas informales al sistema de justicia son en la práctica la regla general y no la excepción (STANGELAND, 1987: 285). La cuestión entonces habría que plantearla, preguntándonos por lo que implica la mediación de respuesta informal una vez que las instancias formales (policía, fiscalía, juzgado) han tenido ya conocimiento del hecho delictivo.

De las diferentes instancias de mediación citadas en el punto anterior, no todas suponen el mismo grado de formalización. Los voluntarios están en el escalón más bajo del formalismo; los profesionales privados, aun con sus rituales, se sitúan seguidamente en ese plano; los equipos y oficinas públicas, con gente enseñada en la nueva cultura del acuerdo, vendrían a continuación; la opción por un juez mediador supondría la mayor formalización del conflicto. Pero todo esto no son sino apriorismos conceptuales que no prejuzgan las ventajas prácticas de cada uno de los modelos mencionados. La nueva sociedad habrá de decidir si opta por un modelo de mediación comunitaria, desjudicializado, o crea, bajo usos más benevolentes, una nueva forma de control estatal (BRAITHWAITE/MUGFORD, 1994: 160; BERNUZ, 2001: 290). Y en los resultados de esta elección influirán tanto el compromiso personal y ético con la nueva tarea como la infraestructura material disponible.

Por lo visto hasta ahora en la justicia juvenil, se avecina también para el derecho de adultos la creación de un cuerpo de funcionarios *ad hoc*, vinculado orgánicamente al fiscal o al juez, según a quién de ellos se les conceda finalmente la función

instructora. Los otros modelos examinados van a tener probablemente un carácter secundario. Salvo alguna iniciativa de momento aislada, por un verdadero juez de paz hoy nadie apuesta en este país⁶. Los mediadores privados tienen todavía un escaso despliegue y no parece que los poderes públicos, imbuidos todavía en el burocratismo, le vayan a conceder algo más que una función de complemento.

V. Razones de la mediación

Hoy, la mediación es un tema estrella tanto en el derecho como en la criminología. Se la ha llegado a ver como emblema del deseo por la armonía social en un mundo surcado por el conflicto, como símbolo de los ideales de comunicación, solidaridad y reconciliación (MACKAY: 2000: 55-56). Para entender esta posición hoy emergente de la mediación, es conveniente detenerse en las razones que la han propiciado.

1. El naturalismo

Cuando en Estados Unidos se iniciaron los primeros proyectos de mediación penal, en los años 70 del pasado siglo, una de las fuentes principales de inspiración fue la práctica antropológica en algunas culturas primitivas. Hubo un gran interés en esa época por conocer el sistema empleado en ciertas comunidades aborígenes para resolver los conflictos. Los antropólogos de esas culturas fueron llamados por algunos teóricos de las ciencias sociales partidarios de los arreglos comunitarios, y de las reuniones habidas se tomó conciencia de otros modos distintos a los occidentales para solventar las disputas (WRIGHT, 1991: 49 y ss.). De hecho, en países como Nueva Zelanda, las costumbres assemblearias de los maoríes vinieron a tener una gran influencia en la adopción generalizada de modelos participativos para tratar los conflictos delictivos de los jóvenes (BRAITHWAITE/MUGFORD, 1994).

Dar una respuesta consensuada al margen de la justicia formal se presentó, así, como un modo de recuperar esas vías naturales perdidas. Pudo constatarse que las personas tienen en el fondo una tendencia a arreglarse, sin necesidad de recurrir a órganos ajenos a su realidad circundante. Esos órganos habían sido en gran medida impuestos tras un proceso de colonización de la vida natural.

Traer a colación el naturalismo, dentro de un proceso acelerado de distanciamiento y extrañamiento en las relaciones humanas, representó una enérgica reacción a contracorriente para salvaguarda de la humanidad. "Cuanto más debilitadas se encuentren estas relaciones —diría CHRISTIE—, más necesitamos de tribunales vecinales como una de las muchas funciones que un grupo social requiere para no morir por falta de desafíos" (CHRISTIE, 1992: 178-179).

No sólo las culturas primitivas daban testimonio de los arreglos comunitarios, sino también determinadas zonas rurales del desarrollado mundo occidental. En la medida en que éstas se hubieran conservado más "puras" respecto a las influencias urbanas, así también la costumbre del arreglo extra-oficial se podía dejar sentir más nítidamente. El antropólogo británico PITT-RIVERS dejó una estampa vívida sobre cómo el arreglo y la solución informal a los conflictos habían sido una realidad en la España rural de los años 50-60. En su trabajo sobre Grazalema, un pequeño pueblo de la sierra de Cádiz, relataba el siguiente caso:

"Un pobre hombre se ganaba la vida gracias a la caza, empleando para ello toda clase de métodos, lícitos e ilícitos. Una noche, al regresar al pueblo, la escopeta se le disparó accidentalmente, y la bala fue a alojarse en el ojo de una vecina. La temporada de caza había terminado y, además, el cazador carecía de licencia de armas. Fue arrestado por la guardia civil. Pero una vez el caso hubo sido examinado por el juez de paz, las autoridades del pueblo empezaron a preguntarse de qué serviría enviar al cazador a la cárcel. Era un hombre que gozaba de generales simpatías. El alcalde, el juez de paz y el juez discutieron el asunto. El cura pidió clemencia, y se acordó, finalmente, que si el culpable pagaba una compensación de 2.000 pesetas a la mujer que había perdido el ojo, las cosas no irían más allá. La mujer era una viuda que se ganaba la vida cosiendo. Si el hombre iba a prisión, no podría ganar dinero con el que compensar a la mujer y, además, su familia quedaría en la miseria. El hombre no tenía dinero, pero el director del banco agrícola, el Monte de Piedad, se prestó a darle el dinero, con la garantía de dos personas solventes... Los dos garantes, aunque no sin algunas dificultades, fueron encontrados. El caso, en consecuencia, no pasó a los tribunales. Esta solución fue considerada por todos como mucho más satisfactoria que la que hubieran podido dar los tribunales de justicia" (PITT-RIVERS, 1971: 157-158).

6. VARONA; 1998: 277, da cuenta, sin embargo, de un proyecto del Ayuntamiento de Barcelona sobre la implantación de la justicia de paz en las grandes ciudades, con una función básicamente conciliatoria en el ámbito de las faltas y los pequeños delitos relacionados con la convivencia ciudadana.

El propio PITT-RIVERS anotaba asimismo el hecho, observado también en otras zonas rurales (al menos antes de su progresiva colonización urbana), que el robo rara vez llegaba a la justicia. Se prefería arreglar el caso en privado en lugar de denunciarlo a la guardia civil, lo cual se consideraba muy "feo" (PITT-RIVERS, 1971: 42). Estas observaciones refuerzan la tesis que la justicia se ha visto por los campesinos como un poder ajeno, demasiado alejado de su horizonte vital.

2. La mala imagen de la justicia

Es lugar común explicar la aparición y el posterior auge de la mediación en el deterioro del sistema formal de justicia. Se trata de un argumento muy generalizado en todas las sociedades occidentales. En España ha alcanzado en los últimos años una especial notoriedad. Algunos autores basan esta crisis en el constante aumento del número de asuntos (DELGADO; 1998: 19). Otros tienden incluso a hablar de una crisis endémica (HERRERA, 1996: 411). En gran parte, estas críticas son debidas a las altas expectativas que el sistema social le ha confiado a la justicia en la resolución de conflictos y su incapacidad para convencer a los ciudadanos de a pie cuando, pese a todo, se ven obligados a acudir a ella. Desde el propio órgano de gobierno de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial, se ha admitido, tras los resultados de diversas encuestas internas y externas, la mala imagen que ofrece la justicia a la ciudadanía. Esta visión tan negativa se viene reflejando invariablemente en todos los sondeos de opinión desde principios de los años 90⁷. Se trata hoy de la tercera institución peor valorada, sólo superada por los políticos y los partidos políticos. Los ciudadanos, con mayores o menores porcentajes, consideran que la justicia es lenta, que más vale evitar, que perjudica más a los débiles e indefensos, que funciona mal o muy mal, que los procedimientos son demasiado complicados y anticuados, que se sienten intimidados o incómodos ante los tribunales, que los jueces no se preocupan de la ejecución de las sentencias que dictan y que no trabajan lo que debieran.

Interiorizados estos males por el propio cuerpo judicial, se proponen en la actualidad algunos posibles remedios: la evaluación continua del servicio público de la justicia, la creación de oficinas de atención al ciudadano, el aumento o disminu-

ción de las retribuciones a los jueces según su productividad y la agilización de los procedimientos en los delitos flagrantes o con especial incidencia social.

Hasta el presente, la recomendación de agilizar los procedimientos ha sido bastante retórica. Los términos legales se han sucedido: procedimiento abreviado, aceleración del procedimiento abreviado, preconstitución de pruebas (en los casos, sobre todo, de víctimas extranjeras). Sin embargo, ninguno de estos términos ha llevado en general a una celeridad efectiva. Ahora, el Ministerio de Justicia prepara un nuevo instrumento: "juicios inmediatos", con el fin de celebrar en un máximo de 15 días la vista oral correspondiente.

Las propuestas de mediación responden asimismo a una voluntad de ofrecer soluciones de compromiso a la justicia. Dichas propuestas pretenden mejorar la deteriorada imagen de los órganos judiciales. Esto no será fácil de conseguir por dos motivos principalmente. Primero, porque el procedimiento de mediación se puede ver como un competidor al sistema judicial. Segundo, por la tendencia de cualquier profesional a resistir la reducción de sus responsabilidades o de sus cuotas de poder, aunque unas y otras le impliquen una sobrecarga de trabajo (STANGELAND, 1987: 291; WRIGHT, 1991: 129). Finalmente, sin embargo, se cree que la justicia terminará cediendo a esta nueva distribución del trabajo social. Con menos reticencia lo hará si la mediación se presenta como un medio de ayuda al sistema judicial no desligado en general de su control. En cambio, se resistirá probablemente ante modelos de justicia restaurativa basados en una concepción comunitaria.

3. Un pacto razonable con el abolicionismo

Los orígenes ideológicos de la mediación suelen desconcertar bastante. Algunos autores califican la mediación como una institución de perfiles confusos. Esto es verdad hasta un cierto punto, como luego diremos: Pero esta posible confusión no debe justificar el abstencionismo a la hora de reconstruir los intereses a los que principalmente sirve. No hay ninguna institución social sin trasfondo ideológico, sea éste más o menos explícito. El pensamiento acrítico que rodea a muchos discursos sobre la mediación se ve reforzado hoy por ser ésta una moda (en el buen y mal sentido del término) y recelarse de que cualquier crítica con-

7. De estos sondeos, la prensa se ha hecho siempre eco. Cfr., por ejemplo, J.J. TOHARÍA, "Una imagen erosionada", *El País*, 18 de febrero de 1993. Sobre el libro blanco de la justicia de 1997, puede verse amplia información en el mismo diario, 10 y 13 de septiembre de 1997. Sobre el último sondeo encargado por el Consejo General del Poder Judicial a la empresa Demoscopia, cfr. *Noticario Jurídico Aranzadi*, 8 de marzo de 2001.

tra ella puede atentar al sentido de la modernidad. De otro lado, los juristas acostumbran a explicarla con argumentos un tanto retóricos basados en la crisis de la resocialización de la pena.

Es cierto que las valoraciones sobre la mediación pueden ser bastante plurales. Son posibles varias lecturas. Primera: a la vista de sus objetivos no punitivos, nos hallamos ante una respuesta demasiado benévola al delito. Segunda: por la inclusión de nuevos personajes relacionados con el mundo de la conducta, comporta una extensión de la red del control (el llamado efecto *net widening*), como algunos ya opinaban que sucedía con los proyectos previos de *diversion* (por ejemplo, JANSSEN, 1983). Tercera: la mediación es esa síntesis social entre posiciones sistémicas y posiciones abolicionistas.

Esta tercera lectura resulta la más atinada: la mediación responde a una ideología de compromiso. Los partidarios de la mediación ni son unos revolucionarios, ni unos sabuesos en busca de parcelas de control. La figura surge de una interacción de fuerzas, dentro de las que se busca un equilibrio entre el orden legal y la voluntad de mejorar.

Este compromiso ha estado propiciado por una serie de corrientes sociales. Y estas corrientes sociales han sido de diversa procedencia ideológica; de ahí la confusión a veces advertida. Una corriente provino, tanto en Gran Bretaña como, sobre todo, en Estados Unidos, del pensamiento cuáquero (WRIGHT, 1991: 53), un grupo religioso con bastante influencia tradicionalmente en la vida penal americana, pues no en vano había sido el principal animador del régimen celular en las prisiones de Filadelfia, a finales del siglo XVIII y principios del XIX. Esta influencia se suele ver hoy en clave estabilizadora. Máxime cuando se la resitúa en el contexto americano de los años 70, tras las contiendas de la década precedente por los derechos civiles y la contestación social de una juventud, de clase media y alta, contra los valores de la sociedad representada por sus padres (JANSSEN, 1983: 18 y ss.). Según anota WRIGHT, un conocido entusiasta de la mediación, entre las funciones principales del *Institute for Mediation and Conflicts Resolutions*, creado en Nueva York, en 1975, se halló precisamente la de entrenar a la gente ante los efectos de los disturbios civiles de los 60. También los cuáqueros llevaron a cabo, en esos años, entrenamientos en técnicas de no violencia para evitar los excesos de los participantes en las marchas anti-sistema (WRIGHT, 1991: 53 y 57).

Pero, desde luego, también la mediación y su más directa consecuencia, la justicia restaurativa, han estado influidas, en mayor o menor medida, por el

movimiento abolicionista de los años 60-70. El abolicionismo fue uno de los asertos principales de la criminología crítica, cuyas bases ideológicas fueron el marxismo y los movimientos anti-institucionalistas, aunque también hubo abolicionistas cristianos, como DEL VECCHIO (1951). Una de las pretensiones principales de los abolicionistas fue, precisamente, la de devolver el conflicto a sus protagonistas (por ejemplo, CHRISTIE, 1992), evitando la intromisión de un poder burocrático y extraño a la controversia como la justicia formal. En ese contexto, el mediador se presenta como un personaje anti-formal: él no impone el acuerdo, sino simplemente facilita su adopción por los verdaderos protagonistas del conflicto.

En España, esta relación entre criminología crítica, abolicionismo y justicia restaurativa ha sido destacada particularmente por Elena LARRAURI (1997b). Otras autoras, como Esther GIMÉNEZ-SALINAS, sin negar la influencia del abolicionismo de esos años en la nueva institución, prefieren calificar esta experiencia como una tercera vía, basada en una nueva forma (no necesariamente ideologizada) de concebir el derecho penal (GIMÉNEZ-SALINAS, 1999a: 27). Por mi parte, creo —como ya he anticipado— que en la mediación se funden dos discursos: el crítico del abolicionismo contra la justicia formal y el estabilizador del sistema frente a los activistas de la contestación social. El primero no podía aspirar a mucho más ante sólidas estructuras de poder y ante el galopante decaimiento o la progresiva neutralización, a partir de los años 80 (en España, en los 90), del pensamiento crítico. El segundo, por su parte, no estaba dispuesto a ceder más y con la aceptación de formas más suaves de control probaba no ser enteramente insensible ante la ideología insurgente de los años anteriores.

4. La inteligencia emocional y el nuevo abordaje del conflicto

Una de las bazas más consistentes a favor de la mediación deriva del cambio de paradigma acaecido hace algunos años en el ámbito de la psicología: de una inteligencia racional a una inteligencia emocional. El mediador es un representante de esta última. El juez es el arquetipo de la primera.

El peso de la historia, de la cultura, del derecho, invita todavía a la solución racional y, casi inevitablemente, punitiva de los conflictos. Las nuevas orientaciones hablan a favor de respuestas menos traumáticas. El mediador, si ha de convertirse en un auténtica alternativa y no en un funcionario más, debe estar provisto del arsenal de las emociones: autoconocimiento, autocontrol, empatía,

arte de escuchar, resolver los conflictos y colaborar con los demás (GOLEMAN, 1997: 17).

Todavía es difícil predecir el grado de penetración de estas ideas en la sociedad venidera. Los teóricos de las emociones recomiendan comenzar en la escuela la labor pedagógica. Goleman habla al respecto de una *alfabetización emocional* (GOLEMAN, 1997: 425 y ss.). Se empezaría por hacer comprender, desde el mismo patio del colegio, cómo deben plantearse los conflictos para que no desemboken en incidentes graves, cómo han de distinguirse las situaciones en las que alguien es realmente hostil de aquellas otras en las que la hostilidad procede de uno mismo. Una vez alfabetizados los niños en estas destrezas emocionales, cabría esperar en el futuro una merma considerable de los conflictos (al menos, en su irrupción violenta). Y, cuando se produzcan, se tendrá ya un terreno ganado. Será más fácil "llegar a la raíz del problema, admitir su verdadera naturaleza y el papel que cada parte ha desempeñado al permitir que surgiera" (EDELMAN/CRAIN, 1996: 27).

La mediación ganará, pues, verdadera entidad cuando la sociedad en su conjunto comprenda debidamente las ventajas de los acuerdos no traumáticos. Trasladada al mundo del derecho, parece más asequible en las contiendas no penales: desavenencias familiares, disputas laborales. Pero si entendemos —como afirman los abolicionistas— que el delito es en definitiva un evento problemático y que entre el derecho penal y el derecho civil hay más una diferencia organizativa que cualitativa, no debiera haber obstáculos en extenderla también, como ya está ocurriendo, a la resolución de esos conflictos más delicados llamados delitos.

En otras instancias del sistema penal también comienzan ahora a proyectarse estas ideas. Esto sucede con la prisión, donde, en lugar de tratar en términos terapéuticos, se recomiendan, desde hace algunos años, los programas cognitivo-conductuales basados en las llamadas habilidades sociales (GARRIDO/GÓMEZ, 1994: 327-329; REDONDO, 1998: 190-191). Responde, pues, a la lógica más elemental introducir estas pautas prosociales desde el mismo momento de la *decisión* sobre los casos, y no sólo hacerlo allí donde todo es más complicado: en el ámbito penitenciario.

5. El reconocimiento oficial a los valores femeninos

La mediación es una actividad fundamentalmente femenina. Deberíamos hablar de mediado-

ras, y no de mediadores. Existe ahora un contexto general favorable a reconocer los valores femeninos. Las mujeres han sabido luchar por superar muchos de los obstáculos legales y sociales impuestos contra ellas. Y el poder político ha terminado dando carta de naturaleza a esta reivindicación feminista.

La mediación encarna este giro social. Existe ya una irrefutable prueba *externa* y esa prueba externa descansa probablemente en una mejor predisposición *interna* de la mujer.

Desde el primer punto de vista, la experiencia muestra la presencia casi exclusiva de mujeres en los equipos técnicos de las fiscalías de menores y en los servicios de asistencia a las víctimas de delitos⁸. A los cursos de mediación y formación de mediadores acuden también mayoritariamente personas pertenecientes al sexo femenino. La más reciente bibliografía española que, de forma parcial o más general, aborda la mediación, muestra asimismo un claro predominio de autoras (PÉREZ SANZBERRO, 1996; HERRERA, 1996; LARRAURI, 1997a; VARONA, 1998; GIMÉNEZ-SALINAS, 1999a,b,c; GONZÁLEZ VIDOSA, 2001; BERNUZ, 2001). Quizás esta presencia de la mujer pueda denotarse también en el ámbito de las profesiones *racionales*: judicatura y fiscalía. Parece que las mujeres ingresan ahora en mayor número que los hombres en esas adustas profesiones jurídicas. Pero, en todo caso, esa presencia no es tan abrumadora como en el ámbito de la mediación.

Esta constancia externa es fruto probablemente de una predisposición interna. Los estudios más recientes sobre genética subrayan que el armazón bio-psicológico con el que venimos equipados favorece la mejor actitud de las mujeres para las emociones. "Las mujeres... ven muy claramente los beneficios de la comunidad, la cooperación y las relaciones. Saben cómo generar paz y armonía. No necesitan para nada las guerras ni los conflictos. Prefieren la felicidad a tener la razón" (O'CONNOR/PRIOR, 2001: 53). Evidentemente, este instinto favorable de la mujer puede ser contrapesado por los condicionantes personales y por la cultura. Tras estos contrapesos nos podemos encontrar quizás con un hombre bien dotado emocionalmente y con una fría mujer racionalista. Pero nuestra cultura de niños tampoco ayudó mucho a reequilibrar las predisposiciones bio-psicológicas. Los muchachos varones fueron enseñados a inhibir sus emociones, a contener el llanto y el abrazo. Por contrapartida se les estimuló el gusto por los espectáculos violentos (la caza y los to-

8. Confrontadas las plantillas de los equipos técnicos de menores de Córdoba, Granada y Sevilla, resulta que de un total de 30 personas, 28 son mujeres (marzo de 2002).

ros, por ejemplo), la moral del triunfo e incluso el *matonismo* en el patio del colegio. Es fácil comprender por qué los hombres no se sienten cómodos con la mediación, una institución idealmente basada en los deseos y los sentimientos. Sólo si ésta se burocratiza y se hace rutinaria podrán sentirse acoplados a la misma. Si esto no ocurre, es probable que, durante bastantes años, la mediación sea casi inevitablemente un asunto femenino.

6. La prevención general positiva

Se puede tener la impresión de que la mediación ha sido alentada por los profesionales de la conducta, deseosos de sustraer a los juristas su tradicional hegemonía en el sistema penal. De ser esta impresión correcta, habría que suponer que los juristas no han contribuido prácticamente en nada a favorecer la penetración de esta fórmula. Pero esto no es así. Algunos juristas han participado también en conformar un derecho penal menos "punitivo". Primero, con la propuesta de las llamadas alternativas a la prisión. Segundo, con la recuperación de la función político-criminal de la reparación del daño. Tercero, con la progresiva implantación de un derecho penal juvenil más educativo. Y muchas de esas medidas menos gravosas han sido justamente las trasvasadas ahora a la mediación.

Pero la idea que se enhebra mejor en la cultura de la mediación ha sido la de la prevención general positiva. Esta idea comenzó a elaborarse en los años 80 como actualización de la tradicional teoría de la prevención general basada preponderantemente en la intimidación. En un primer momento, la prevención general positiva trató de definir cuál debía ser la función de la pena en un estado de derecho. La previsión normativa de las sanciones penales habría de buscar una confirmación de la legitimidad del derecho así como una estabilización de la conciencia general en aquél (MIR, 1986). En países que acababan de salir de una dictadura, como fue el caso de España, dicha teoría representó una recuperación de la fe en el mundo jurídico. Más adelante, se vio que su filosofía era también válida para justificar la mediación (MÜLLER-DIETZ, 1991: 210; DELGADO, 1998: 20; ALASTUEY, 2000: 447). El esfuerzo asumido por el ofensor con la mediación, mediante un proceso de reconstrucción social, sirve para asentar su conciencia en el derecho. Frente al proceso judicial que tiende a excluir (de *ceremonia de degradación*, hablaba hace algunas décadas el sociólogo americano GARFINKEL), la mediación y su precipitado, la justicia restaurativa, buscan la inclusión del infractor (de *ceremonia de reinte-*

gración, hablan ahora autores como BRAITHWAITE/MUGFORD, 1994). Un derecho consensuado es más creíble y convincente para ofensores y víctimas que un derecho impuesto desde la atalaya de una fría sentencia judicial.

VI. Los puntos débiles de la mediación

Antes de entrar en las objeciones presentadas a la mediación, debemos advertir que sus principales achaques no derivan tanto de cuestiones concretas como de aspectos sistémicos. Estos aspectos sistémicos son: la indiferencia hacia esta figura y el riesgo de burocratización.

Los llamados a hablar y reflexionar sobre los modelos de justicia pueden sencillamente obviar la existencia de esta perspectiva, y el vacío procurado se convertirá a la larga en su principal enemigo. La indiferencia puede provenir también de los medios de comunicación, los cuales pueden silenciar las noticias sobre justicia restaurativa, por entender que la solución punitiva al conflicto conecta más con sus lectores. Se trata, en suma, de una forma *pasiva* de oposición, mucho más eficaz que la crítica *activa*.

Otro gran enemigo de la mediación puede ser la tendencia a la burocracia. Surgida la figura con propósitos loables, la rutina puede hacer de ella —como me recuerda STANGELAND— algo parecido a lo que hoy es el CMAP (Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación) en el ámbito laboral; es decir: más una condición objetiva de procedibilidad que una instancia para resolver conscientemente los conflictos.

De un análisis global de la literatura consultada y de las conversaciones mantenidas con mediadores prácticos, se puede advertir, sin embargo, que escribir u ocuparse de la mediación procura un nexo de afecto o simpatía. La cuestión es simple: tiene poco sentido hacer una tesis o un trabajo monográfico sobre una institución con la que no se guarda un mínimo de sintonía. De la misma manera, resulta desmoralizante tener que dedicarse profesionalmente a algo en lo que no se cree. Por ello, los problemas de la mediación se suelen plantear con una cierta indulgencia y en todo caso minimizándolos con respecto a sus más evidentes ventajas.

1. Coacción indirecta a la negociación

Uno de los problemas que se asocia a la mediación es el de poder fomentar una cultura *forzada* del acuerdo (DÜNKEL, 1990: 142; QUERALT, 1996: 135; VARONA, 1998: 263; ALASTUEY, 2000: 411).

El proceso mediador se inicia con una llamada a las partes. Éstas han de aceptar unas condiciones elementales para el encuentro: disponen de la misma cantidad de tiempo para hablar; deben cesar cuando se les indique; no pueden usar un lenguaje ofensivo ni interrumpir las sesiones una vez comenzadas. Implícitamente, han de tomar conciencia de que la obtención de un acuerdo va a impedir el procedimiento judicial o, si éste ya ha comenzado, lo va a paralizar. La víctima, en concreto, ha de convenirse de que una restauración material o simbólica puede ser más beneficiosa para ella que una pena para el autor impuesta tras un largo e incierto proceso judicial. El ofensor, por su parte, ha de persuadirse de que la aceptación de una medida "no punitiva" va a ser siempre mejor que la eventualidad de una pena impuesta en la sentencia judicial. Todos estos acicates pueden operar en un sentido realmente conciliador, con un restablecimiento de la relación quebrantada, pero también cabe la posibilidad de llegar a un arreglo de conveniencia.

Entre los autores españoles, QUERALT se ha mostrado particularmente crítico al respecto. Este autor habla del posible efecto diabólico de "hacer de mejor derecho a quien está dispuesto a conciliarse que a quien no" (QUERALT, 1996: 135). De no aceptar el ofensor, una vez sentado en la "mesa de negociación", el acuerdo mediador, se arriesga a encontrar unas condiciones procesales más duras, quedando en tela de juicio derechos constitucionalmente garantizados, como el de no declarar contra sí mismo o el de no declararse culpable.

Este temor puede llegar efectivamente a verificarse en la práctica. Supondría lo que WRIGHT ha llamado "una justicia restaurativa *autoritaria*", frente al modelo propuesto por él de "justicia restaurativa *democrática*" (WRIGHT, 2000: 21 y ss.). Conforme a este segundo modelo, debe considerarse que el hecho de acceder inicialmente a la mediación, pese a que al final no se llegue a ningún acuerdo, también le debe reportar al ofensor alguna ventaja. Y esta ventaja se podría derivar ya del mismo derecho vigente, el cual contempla como circunstancia atenuante la de confesar el hecho a las autoridades antes de conocer que el procedimiento se dirige contra el culpable (art. 21, n.º 4). Incluso, en ocasiones, los tribunales han admitido también la posibilidad de aplicar la circunstancia atenuante analógica, aun cuando dicha confesión se produzca en un momento posterior al señalado en dicho precepto (STS de 26 de abril de 1996).

2. Una nueva justicia de clase

Uno de los asertos principales de la criminología crítica fue el de denunciar el carácter clasista

del sistema penal. Frente al principio constitucional de igualdad, la práctica de las instituciones penales mostraba una recluta masiva de infractores pobres. La llegada de los "delitos de caballeros" a los códigos y la aparición ocasional de sus autores en los tribunales (y aún más ocasional, en la cárcel) puso un parche a la creencia que el sistema penal era (es) un mecanismo de estigmatización de los pobres revoltosos.

La mediación puede dar motivos para pensar que los beneficiados por la justicia restaurativa van a ser los autores con medios que se vean en problemas con la ley. Serán éstos sobre todo los que, bajo un aparente acuerdo conciliatorio, se avengan a reparar materialmente el daño y a evitar el efecto estigmatizante y caótico del proceso. Ana SANTIAGO me indica que en la justicia juvenil se aprecia, en los últimos años, una mayor presencia de jóvenes de familias de clase media, cuyos padres propenden en mayor medida a involucrarse en el arreglo reparador, cosa que difícilmente pueden hacer las familias censadas en la marginación social. Esto invita a pensar en una justicia de "dos velocidades" o, lo que es lo mismo, en una nueva versión de la *justicia de clase* (citan, por ejemplo, esta posibilidad, WRIGHT, 1991: 74-75; LARRAURI, 1997a: 190).

Por otro lado, la misma fijación de la cuantía de la reparación del daño, por su naturaleza objetiva, con independencia de los medios económicos del ofensor, podría ser un nuevo argumento a favor de la revalidación de dicha justicia de clase.

Algunos autores proponen, en evitación de estos nuevos sesgos discriminatorios, establecer una graduación de la reparación del daño al modo del sistema de los días-multa, tomando en consideración la situación económica del ofensor y fijando unos plazos para el pago. Para el caso de que esta medida hubiera de aplicarse también a delitos más graves, se ha llegado a sugerir incluso la introducción de una fórmula afín a la de la "multa temporal" (*Laufzeitgeldstrafe*), postulada por el jurista alemán BAUMANN y, bajo su influencia, por el Proyecto Alternativo alemán de 1966 (BAUMANN, 1968). Se trataría de establecer un período de tiempo durante el cual el ofensor hubiera de hacer prestaciones económicas en función de su dinero disponible, con una consiguiente limitación de su nivel de vida (WRIGHT, 1991: 125).

La introducción de la filosofía impositiva de la multa en una prestación a favor del ofendido llevaría, sin embargo, a una discriminación en el ámbito de las víctimas. Los damnificados por ofensores solventes contarían con una ventaja poco explicable en términos de justicia material con respecto a los damnificados por autores insolventes. Las reglas de determinación de la multa no

debieran operar aquí, excepto quizás en los plazos para el pago.

Por lo demás, en la clásica disputa en torno a la justicia de clase debieran distinguirse dos planos de análisis: por un lado, el estructural de delatar las condiciones sociales y económicas donde se recluta mayormente la delincuencia, función inequívoca de la criminología crítica; y, por otro, el posibilista de ir bajando los niveles de agresividad en la aplicación normativa. Situados en este segundo estadio, hay que reconocer que, desde finales del siglo XIX, todas las iniciativas por reducir el empleo de la prisión, punto álgido de la agresividad jurídica, han comportado una discriminación en su aplicación. Cuando se potenciaron las posibilidades de la multa o de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, implícitamente ya se contaba con que estas alternativas favorecerían, sobre todo, a los autores con medios (delitos de tráfico, delitos económicos). Pero dichas medidas se justificaron, aparte de en razones pragmáticas (ROLDÁN, 1983), por la reducción del recurso más agresivo: la prisión. La prisión es un mal para todos, pero si se consigue que deje de serlo para algunos, ya es algo. La otra opción sería poco realista e incluso inhumana: no crear alternativas a la prisión hasta tanto todos puedan hacerse acreedores a esas medidas ambulatorias. Con la mediación pasa ahora lo mismo. También favorece inicialmente sólo a unos pocos, pero cabe esperar que en el futuro, si se cumple una labor paralela de remoción de obstáculos sociales y económicos, favorezca a más gente. Además la mediación crea, en todo caso, una cultura del acuerdo ya de por sí positiva para el encaramiento global de los problemas sociales.

3. Diferente tratamiento en los delitos

Nuestra cultura jurídica está regida por el principio de proporcionalidad entre delito y sanción penal. La proporcionalidad obedece de entrada a un canon *objetivo*. Con la mediación se puede producir un desplazamiento, si no una clara infracción, de este principio. El factor *subjetivo* puede llegar a tener mucho peso. Un mismo delito, digamos un robo en casa habitada, puede ser tratado de manera desigual según una sucesión de elementos subjetivos: la actitud de la víctima, la actitud del ofensor, la actitud del mediador. En las situaciones extremas, pero no por ello improbables, se puede ver a los autores de esos robos, bien quedando "saldados" con una reparación del daño (material o simbólica), bien ingresando en prisión si no se ha podido llegar a un acuerdo.

Por otro lado, entre los estudiosos de la mediación se acostumbra a proponer una serie de deli-

tos como los más idóneos para posibilitar el acuerdo entre las partes. Y esta lista no siempre atiende a factores objetivos, como pudiera ser el del marco de pena donde pudiera operar la figura. Se piensa, por ejemplo, que la mediación será más eficaz en los casos donde existe un previo conocimiento entre víctimas y ofensores (STANGELAND, 1987: 287; WRIGHT, 1991: 56-58; GONZÁLEZ VIDOSA/STANGELAND, 1996): estafas, peleas con resultados lesivos, daños, amenazas entre vecinos, por ejemplo. Por tanto, sobre la base de un elemento coyuntural —el previo conocimiento de los protagonistas del caso— se deslizaría un previsible tratamiento diferenciado con respecto al dado a las infracciones entre extraños.

Con la mediación se está pensando también preponderantemente en los delitos contra bienes individuales, donde autores y víctimas están perfectamente identificados. Pero, ¿qué pasa con los delitos contra bienes colectivos, como los delitos ecológicos, contra la administración pública o de carácter económico? ¿No cabe aquí mediar?

Para limitar estas objeciones, habría que postular un sistema de mediación en principio lo más amplio posible, sin descartar ningún tipo de delito. Para hechos contra bienes colectivos, pudiera postularse un sistema de representantes de intereses difusos: asociaciones ecologistas, sindicatos de funcionarios o trabajadores.

El principio de proporcionalidad, en su configuración legal, obliga precisamente a no excluir delitos de forma parcial. Otra cosa es que en la práctica mediadora se constate la existencia de delitos más aptos que otros para la justicia restaurativa. Pero esta diferente incidencia práctica no es sino lo común en cualquier otra institución individualizadora (por ejemplo, en la misma suspensión condicional de la pena privativa de libertad).

Cabe admitir, desde luego, que con la mediación se subjetivizará aún más la respuesta del sistema. Y esto obligará a considerar determinados cambios en la cultura jurídica hasta ahora dominante. Empezando por la misma concepción global del derecho, que será más una instancia de resolución de conflictos que un sistema de normas (VARONA, 1998: 459). Siguiendo por la configuración del principio de legalidad procesal, el cual tendrá que atemperarse a favor de la oportunidad. Para concluir con una concienciación general de la población, conforme a la cual se acepte que por la reconciliación entre víctimas, ofensores y la misma comunidad, se deben tolerar matizaciones en algunos principios jurídicos. Se ha apuntado que a ello podrían oponerse tanto los políticos recelosos ante una posible pérdida de votos como la llamada línea dura de la opinión pública (WRIGHT: 2000: 35). Para ir conquis-

tando espacios no bastará, por eso, con presentar la mediación como una fórmula ética y acorde a los derechos humanos (MACKAY, 2000). Será necesario también justificar empíricamente su conveniencia. De ahí la importancia de realizar evaluaciones sobre los resultados de la mediación. De las efectuadas, por ejemplo, en Cataluña respecto a la reincidencia en el delito, se desprende que el número de muchachos reincidentes es ligeramente inferior, tanto en ciclos cortos (un año) como en largos (superiores a cinco años), al de jóvenes sentenciados con medidas penales (AA.VV, 1999: 64-65). La generalización de estos resultados, así como los relativos al grado de satisfacción de las propias víctimas, pueden ser un convincente aval empírico a favor de este nuevo modelo de justicia.

VII. Conclusiones

1. La mediación penal puede ser definida como la interacción entre víctimas y ofensores con la asistencia de un tercero, el cual facilita el arreglo del conflicto delictivo de una manera no punitiva en función de los deseos y sentimientos de las partes.

2. La mediación sólo se halla regulada de momento en España en el ámbito del derecho de menores. Para el derecho de adultos, la Decisión Marco del Consejo Europeo, de 15 de marzo de 2001, establece un plazo hasta el 22 de marzo de 2006 para su previsión legal.

3. Los elementos que conforman el acuerdo mediador tienen un carácter no punitivo: el perdón, la reparación del daño, la prestación de un trabajo o servicio a favor de la comunidad o de la misma víctima y las actividades educativas. Dentro de estas últimas podría contemplarse el tratamiento deshabituador de la drogodependencia.

4. Las instancias de mediación, según la regulación legal, las propuestas realizadas por los autores y las experiencias prácticas hasta ahora acometidas, pueden ser en principio muy plurales. Hemos considerado el papel de los jueces de paz, los equipos técnicos de menores, los servicios de asistencia a las víctimas, los profesionales privados y los voluntarios. Complementariamente, hemos tratado la institución de la conformidad como instancia negocial entre abogados y fiscales.

5. Según las diferentes instancias, la mediación puede suponer una mayor o menor formalización del control. El voluntariado, más acorde a un modelo de justicia comunitaria o participativa, presenta en principio una mayor informalidad. Pero la mediación, como fórmula plausible de resolución de conflictos, dependerá en último término, más de apriorismos teóricos, de cómo se quiera

distribuir el juego social, del compromiso ético y personal con la nueva tarea y de la infraestructura material disponible.

6. La importancia actual de la mediación se ha visto favorecida por diversas causas. Las más importantes han sido: el naturalismo, la mala imagen de la justicia, el pacto razonable con el abolicionismo, la inteligencia emocional en el abordaje de los conflictos, el reconocimiento oficial a los valores femeninos y la idea de prevención general positiva.

7. La mediación tiene también sus puntos débiles. De ellos, los más significativos son los de carácter sistémico: la indiferencia que pueden mostrar los distintos sectores de opinión hacia este modelo de justicia y el riesgo de burocratización. De forma más concreta, la mediación pudiera implicar, si se desenraza de sus orígenes, una coacción indirecta a la negociación, una nueva justicia de clase y un diferente tratamiento ante delitos objetivamente semejantes.

VIII. Bibliografía

—AA.VV. (1999), "La mediación penal juvenil en Cataluña", en *La mediación penal*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, pp. 31 y ss.

—ALASTUEY DOBÓN, M.C. (2000), *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Prólogo de J. Cerezo Mir. Valencia: Tirant lo Blanch.

—ANTÓN ONECA, J. (1922), *El perdón judicial*. Madrid: Tipografía de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos.

—AYORA MASCARELL, L. (1997), "Alternativas al internamiento en la jurisdicción de menores", en Cid, J./Larrauri, E. (coord.), *Penas alternativas a la prisión*, pp. 251 y ss. Barcelona: Bosch.

—BAUMANN, J. (1968), *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*. Berlin-New York: Walter de Gruyter.

—BERISTÁIN, A. (1987), "Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón", *Estudios penales y Criminológicos*, X, pp. 9 y ss. Universidad de Santiago de Compostela.

—BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2001), "La conciliación y la reparación en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la justicia de menores", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2.ª época, pp. 263 y ss.

—BLAU, G. (1986), "Die gemeinnützige Arbeit als Beispiel für einen grundlegenden Wandel des Sanktionssystems", *Gedächtnisschrift für H. Kaufmann*, pp. 189 y ss. Berlin-New-York: Walter de Gruyter.

—BRAITHWAITE, J. (2000), "The new regulatory state and the transformation of criminology", en Garland/Sparks (ed.), *Criminology and social theory*, pp. 47 y ss. Oxford University Press.

—BRAITHWAITE, J./MUGFORD, S. (1994), "Conditions of successful reintegration ceremonies", *British Journal of Criminology*, 34, n.º 2, pp. 139 y ss.

—CHRISTIE, N. (1992), "Los conflictos como pertenencia", en Eser, A. et al. (eds.), *De los delitos y de las víctimas*, pp. 158 y ss. Buenos Aires: Ad hoc.

—CID MOLINÉ, J. (1999), "El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión", *Cuadernos de Derecho Judicial*, pp. 119 y ss.

—Circular 1/1989, "El procedimiento abreviado introducido por Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre", *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, pp. 395 y ss.

—CLEMENTE MICÓ, E./LÓPEZ LATORRE, M.J. (2001), "Programas de mediación en el ámbito penal juvenil", *Boletín Criminológico*, n.º 51, enero—febrero, pp. 1 y ss.

—DEL VECCHIO, G. (1951), "Acerca del resarcimiento del daño en relación con la pena", separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid: Reus.

—DELGADO MARTÍN, J. (1998), "La mediación de la justicia de menores. Una experiencia positiva: Cataluña", *Actualidad Penal*, n.º 1, semana del 5 al 11 de enero, pp. 19 y ss.

—DÜNKEL, F. (1990), "La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del Derecho penal en el derecho comparado", en BERISTÁIN/DE LA CUESTA (dir.), *VII Cursos de verano en San Sebastián*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 113 y ss.

—EDELMANN, J./CRAIN, M.B. (1996), *El tao de la negociación*. Barcelona: Paidós.

—FUNES ARTIAGA, J. —dir.— (1995), *Mediación y justicia juvenil*. Barcelona: Fundación Jaime Callís.

—GARCÍA RODRÍGUEZ, M. (2001), "Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo", *La Ley*, 2 de julio, n.º 5342.

—GAROFALO, R. (s.f.), *Indemnización a las víctimas del delito*, estudio crítico y traducción de P. Dorado Montero. Madrid: La España Moderna.

—GARRIDO GENOVÉS, V./GÓMEZ PIÑANA, A.M. (1994), "Fundamentación teórica y empírica

de la intervención de carácter psicoeducativo con delinquentes institucionalizados: el pensamiento prosocial", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 4, pp. 315 y ss.

—GIMÉNEZ-SALINAS, E. (1999a), "La mediación y la reparación: aproximación a un modelo", en *La mediación penal*, Centre d'Estudis Jurídics e Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, pp. 15 y ss.

—GIMÉNEZ-SALINAS, E. (1999b), "La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador", en *La mediación penal*, Centre d'Estudis Jurídics e Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, pp. 69 y ss.

—GIMÉNEZ-SALINAS, E. (1999c), "La mediación: una visión desde el derecho comparado", en *La mediación penal*, Centre d'Estudis Jurídics e Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, pp. 87 y ss.

—GOLEMAN, D. (1997), *Inteligencia emocional*, 19.ª edición. Barcelona: Kairós.

—GONZÁLEZ VIDOSA, F., (2001), *¿Qué es la ayuda a la víctima?* Barcelona: Atelier.

—GONZÁLEZ VIDOSA, F./STANGELAND, P. (1996), "La oficina de ayuda a la víctima: sugerencias concretas", *Boletín Criminológico*, n.º 20, mayo, pp. 1 y ss.

—HERRERA MORENO, M. (1996), "Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, pp. 377 y ss.

—JANSSEN, H. (1983), "Diversion: Entstehungsbedingungen, Hintergründe und Konsequenzen einer veränderter Strategie sozialer Kontrolle", en Kerner, H.J. (ed.), *Diversion statt Strafe?*, pp. 15 y ss. Heidelberg: Kriminalistik Verlag.

—KAISER, G./MEINBERG, V. (1984), "Tuschelverfahren und Millionärschutzparagraph?", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 343 y ss.

—LARRAURI, E. (1997a), "La reparación", en Cid, J./Larrauri, E. (coord.), *Penas alternativas a la prisión*, pp. 169 y ss. Barcelona: Bosch.

—LARRAURI, E. (1997b), "Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 50, pp. 33 y ss.

—MACKAY, R. (2000), "Ethics and good practice in restorative justice", en *Victim-Offender Mediation in Europe. Making restorative justice work*, pp. 49 y ss. Editado por The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice. Leuven: The University Press.

—MIR PUIG, S. (1986), "Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 39, pp. 49 y ss.

—MÜLLER-DIETZ, H. (1991), "Compensation as a criminal penalty?", en KAISER/KURY/ALBRECHT (eds.), *Victims and criminal justice*, pp. 195 y ss. Freiburg: Max-Planck-Institut.

—O'CONNOR, J./PRIOR, R. (2001), *Programación neurolingüística y relaciones humanas*, Barcelona: Paidós.

—PADILLA ALBA, H. (2001), *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*. Granada: Comares.

—PÉREZ SANZBERRO, G. (1996), *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* Prólogos de A. Asúa y D. Luzón. Granada: Comares.

—PITT-RIVERS, J.A. (1971), *Los hombres de la sierra. Ensayo sociológico sobre un pueblo de Andalucía*. Barcelona: Grijalbo.

—QUERALT, J.J. (1996), "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, pp. 129 y ss.

—REDONDO, S. (1998), "Criminología aplicada: intervenciones con delincuentes, reinserción y reincidencia", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 1, pp. 187 y ss.

—ROLDÁN BARBERO, H. (1983), *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*. Madrid: Akal.

—SÁINZ MORENO, F. (1983), "Ejercicio privado de funciones públicas", *Revista de la Administración Pública*, n.º 100-102, V. II, pp. 1699 y ss.

—SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P. (2002), *La mediación penal entre víctima e infractor*. Texto mecanografiado de la intervención tenida en Córdoba, el 27 de abril de 2002, dentro del I Curso de mediación y formación de mediadores.

—SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1997), "Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación", *Revista del Poder Judicial*, n.º 45, primer trimestre, 3.ª época, pp. 183 y ss.

—STANGELAND, P. (1987), "Wege autonomer Konfliktregelung-Strafrecht und Nahgemeinde", *Kriminologisches Journal*, fascículo 4, pp. 285 y ss. [Mi agradecimiento al autor por proporcionarme copia de este trabajo].

—VAN NESS, D./MORRIS, A./MAXWELL, G. (2001), "Introducing restorative justice", en Morris, A. y Maxwell, G. (eds.), *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation and circles*, pp. 3 y ss. Oxford-Portland: Hart Publishing.

—VARONA MARTÍNEZ, G. (1998), *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Prólogo de J.L. de la Cuesta. Granada: Comares.

—WACQUANT, L. (2001), *Las cárceles de la miseria*. Madrid: Alianza.

—WEIGEND, T. (1997), "Das Opportunitätsprinzip zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 109, pp. 103 y ss.

—WRIGHT, M. (1991), *Justice for victims and offenders. A restorative response to crime*. Philadelphia: Open University Press.

—WRIGHT, M. (2000), "Restorative justice: for whose benefit?", en *Victim—Offender Mediation in Europe. Making restorative justice work*, pp. 19 y ss. Editado por The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice. Leuven: University Press.