
MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO PENAL DE ADULTOS: ALGUNAS SOMBRAS

GIORGIO DARIO MARIA CERINA

Universidad de Extremadura

1. INTRODUCCIÓN: ACERCA DE LA NECESIDAD DE UN DEBATE SOSEGADO

En los tiempos que corren, el derecho penal ocupa las portadas de los periódicos y se ha vuelto *trending topic* en las redes sociales en las que observo con admiración conocidos penalistas (académicos o jueces) convertidos en auténticos *influencers*.

Empero, la sensación es que, más que en un encomiable esfuerzo divulgador, la principal razón de la sobre-exposición mediática de la cuestión jurídico-penal, se halla en cierto (ab)uso instrumental de la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico por parte de políticos cada vez menos «legisladores» (preocupados por el impacto que tienen sus iniciativas en los tribunales) y más «comunicadores» (preocupados por el impacto en las redes sociales). Además, este ejercicio legislativo-comunicador (medio para alcanzar el consenso *social*), más que por quiméricas correspondencias entre ideología y planteamientos político-criminales, se hace con la finalidad de «vender» a la opinión pública un producto cuyo atractivo se mide en años de prisión que reflejarían la protección que se quiere otorgar a la víctima vista como fin último de todo derecho penal moderno¹.

En este contexto, por mucho que resulte disfuncional para las redes sociales, creo que habría que tomar cierta distancia de todo tipo de «futbolización» del debate, evitando, en la medida de lo posible, la polarización alrededor de la grada de quien está «a favor» y de la de quien está «en contra», yendo más allá del rótulo

¹ Y, desde luego, no es menos esperanzador el enfoque que convierte al Código penal en moneda de cambio entre partidos que, con su reforma, buscan descaradamente fines (particulares) que nada tienen que ver con los que enseñamos en las aulas.

ideologizado que, en los tiempos que corren, es lamentablemente más importante de la medida a la que rotula.

La premisa (quizás demasiado larga) me parece necesaria para introducir la (quizás demasiado breve) reflexión que propondré en las siguientes páginas: a la hora de aproximarme a la cuestión inherente a la posibilidad de que el medio más adecuado para la resolución del conflicto jurídico-penal pueda hallarse fuera del «convencional» proceso adversarial² y pueda discurrir a lo largo del extremadamente sugestivo camino de la justicia restaurativa, optaré por subrayar algunos aspectos (que me parecen) problemáticos del novedoso enfoque. Pero lo haré animado por la idea de que, más que invalidar su objeto, la crítica enriquece el debate y permite recordar que, sobre todo en ámbitos (como el Derecho penal) tan cercanos al orden moral, la «adecuación» del medio (para la resolución del «conflicto») no precisa solo de argumentos empíricos relacionados con su eficacia (medida aquí frecuentemente en término de satisfacción de la víctima o no-reincidencia del infractor), sino que ha de «fundamentarse» pasando obligatoriamente por el filtro de los exigentes principios a cuyo alrededor hemos construido el Derecho penal del Estado democrático de Derecho. Dicho con otras palabras: cuando hablamos de derecho (penal) y de solución de «conflictos», nada puede ser «adecuado» solo porque «funciona»³, sino que precisa también ser «legítimo» y, la «eficacia», por sí sola, no agota todas las preguntas relativas a la legitimidad.

2. MEDIACIÓN Y JUSTICIA REPARADORA: LAS LUCES

Cualquier lego que se aproxime a la temática objeto de esta contribución no podrá sino tomar nota del académico (casi) unánime entusiasmo que rodea a unas palabras hasta hace (relativamente) poco ajenas al debate jurídico-penal español y, por supuesto también a nuestro marco normativo (exceptuando quizás el ámbito del derecho penal del menor): «mediación» y «justicia restaurativa».

De qué se trate, es de sobra conocido y mis ilustres compañeros de aventura en esta obra colectiva lo han desentrañado mucho mejor de lo que podría hacer yo, incluso si no estuviera constreñido por el escaso espacio del que ahora dispongo. Tratando de evitar reiteraciones, me limitaré ahora a recordar que, mientras que el adjetivo «restaurativa» (a veces, «reparadora»), pone el acento sobre un fin

² No quisiera aquí sugerir que me refiero tan solo a aquellos planteamientos que rubrican a la mediación como medio «alternativo» (en contraposición a quienes hablan de medio «adecuado»). En ambos casos, me parece evidente que se plantea un método «alternativo» al que se utiliza en el proceso penal: incluso si, como argumentan los defensores de la segunda postura, la mediación se plantea como «complemento» y, en todo caso, «dentro» del proceso, no deja de ser algo «distinto» de lo que se hace en el proceso «convencional».

³ Aparte de ello, no debería olvidarse que la sola pretensión de que la elección político-criminal se apoye en evidencias empíricas (Benito Sánchez, 2020), por muy científico que sea el método utilizado, no ampara de los peligros que entrañan planteamientos o lecturas ideológicas de los datos.

específico que guarda relación con la vuelta a la situación *ante conflictum*, la alusión a la «mediación» trae a colación un método de resolución de controversias que se suele rotular como autocompositivo impropio, esto es, en cuyo marco, la solución de la contienda se encomienda a la libre decisión de las partes involucradas (ahí está la auto-composición) ayudadas por un tercero que carece de *potestas* decisoria.

Sobre las virtudes de esta aproximación, mucho se ha dicho. Sin pretensión de enumerar ahora todos los argumentos y simplificando mucho, podría apuntarse que los defensores de planteamientos restaurativos suelen empezar evidenciando algunas disfunciones del sistema tradicional a las que se buscaría poner remedio, siendo relativamente frecuentes las referencias

1. Al infractor que, en el enfoque tradicional,
 - a) Permanecería pasivo, ya que tiene derecho no solo a guardar silencio, sino a no hacer absolutamente nada (ni en el proceso ni después de la condena) y, si decide hacer algo, el sistema le incentiva para actuar de forma «estratégica»⁴, con la única finalidad de evitar o minimizar el castigo.
 - b) Se vería una y otra vez proyectado hacia la dimensión de su fracaso, puesto que todo el juicio que se desarrolla a su alrededor se proyecta hacia el pasado (Donnini, 2013, p. 1171), lo que obstaculiza cualquier asunción de responsabilidad que se materialice en la posibilidad de proporcionar una explicación o de ser perdonado (Zehr, 1990);
 - c) Si comete un mal, obtiene como respuesta otro mal.
2. La víctima, por otra parte, es la «gran olvidada», ya que su participación en el proceso es marginal e instrumental para el sistema que, a la vez que ignora sus (de la víctima) exigencias, la usa (a la víctima) para alcanzar sus (del sistema) finalidades⁵.

A estas disfunciones, vendría a poner remedio el paradigma mediación-restaurativo que

1. Desde el punto de vista del victimario, facilita la responsabilización, ya que lo sitúa delante de quien ha sufrido los efectos de sus actos y además lo hace con un enfoque positivo, proyectado hacia el futuro (reparación). Todo ello, se dice, redundará en una mayor eficacia en el plano preventivo-especial.

4 Siguiendo a Habermas (2005, p. 88) se entiende aquí que actúa de forma estratégica quien se comporta de forma egoísta, con la única finalidad de «conseguir sus propias metas» que se plantean solo a la luz de «preferencias individuales», es decir, olvidando cualquier consideración intersubjetiva (*Ibidem*, p. 89).

5 Sobre esta cuestión, convendría remitir, entre muchos, a Álvarez García (2014, p. 219) quien recuerda que el sistema procesal español destaca (por ejemplo, respecto del italiano) precisamente para permitir una participación ciertamente activa tanto de la víctima como del perjudicado (o, si se prefiere, víctima en sentido amplio).

2. La víctima, por su parte, adquiere finalmente un papel central (tanto en el proceso como en la solución) y la reparación del perjuicio (no solo material) sufrido se convierte en la principal finalidad. El proceso, se añade, busca sustituir el miedo relacionado con la victimización secundaria con la confianza.
3. Con carácter general, se busca un mayor empoderamiento de los participantes, ya que la amenazadora atmósfera del proceso penal deja paso a un espacio de diálogo en el que las partes pueden expresar sus sentimientos y escuchar y valorar los de los demás implicados (McCold y Watchel, 2016) y plantear soluciones «creativas».

Resumiendo, mientras que,

According to retributive justice, (1) crime violates the state and its laws; (2) justice focuses on establishing guilt (3) so that doses of pain can be measured out; (4) justice is sought through a conflict between adversaries (5) in which offender is pitted against state; (6) rules and intentions outweigh outcomes. One side wins and the other loses.

En el paradigma restaurativo,

(1) crime violates people and relationships; (2) justice aims to identify needs and obligations (3) so that things can be made right; (4) justice encourages dialogue and mutual agreement, (5) gives victims and offenders central roles, and (6) is judged by the extent to which responsibilities are assumed, needs are met, and healing (of individuals and relationships) is encouraged (Zehr, 1990, p. 383).

La cuestión, naturalmente, es mucho más compleja: exponer todos los aspectos ventajosos que, de acuerdo con sus valedores, supondría sustituir (o complementar) el actual sistema por uno con estas características, llevaría ciertamente más espacio del que dispongo.

3. PERO ¿SON SOLO LUCES?

Menos frecuente (que no imposible: véase Álvarez García, 2014; Cabezudo Rodríguez, 2021; y, con una postura más matizada, Rodríguez García, 2017) es que el discurso académico se centre en los aspectos problemáticos que entraña una aproximación «restaurativa» articulada sobre la mediación víctima-ofensor.

Aun así, quizás debido a mi falta de erudición en la materia, el tranquilizador escenario que dibujan los entusiásticos defensores e impulsores del nuevo horizonte restaurativo, no consigue aplacar del todo las inquietudes que me supone poner entre paréntesis toda una serie de principios a cuyo alrededor he construido mi formación y que, aunque se diga en voz baja, el «nuevo» sistema restaurativo basado en la mediación, si no soslaya del todo, por lo menos relega a

un segundo plano. Por ello, dedicaré las siguientes páginas a tratar de ordenar algunas dudas, consciente desde el principio de que probablemente la respuesta a las mismas sea más obvia de lo que me parece, máxime a quien se ha pronunciado sobre el particular con mucha más *auctoritas*.

Antes de ello, convendría recordar brevemente que se trata de un discurso que se realiza no solo *de lege ferenda*: aunque con una regulación demasiado tímida, sobre todo en virtud de más o menos recientes indicaciones supra e internacionales (Armenta Deu, 2018), las instancias restaurativas ya han «metido cabeza» en el día a día de nuestro sistema penal (De la Cuesta y Germán, 2022; González Cano, 2016; Perulero García, 2017; Serrano Hoyo, 2016): en el plano procesal, *de iure condito*, es obligada la referencia al artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, «EVD»), mientras que, *de iure condendo*, un buen punto de partida para el debate puede ser el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020 (en adelante, «Anteproyecto») que, en sus artículos 181 y sgts., habla explícitamente de «Justicia Restaurativa». El Código penal también contiene referencias al paradigma mediador-restaurativo: más allá del perdón del ofendido (véase Tamarit Sumalla, 1998, pp. 215 y sgts.), de la atenuante del artículo 21.5^a (aunque véase Tamarit Sumalla, 1998, p. 207), del artículo 49 en materia de trabajos en beneficio de la comunidad, destaca especialmente lo dispuesto por el artículo 84.1 1^a (y la remisión al mismo precepto por parte del artículo 80.3 II) que directamente faculta al juez a «condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento (...) del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación» (véase De la Cuesta y Germán, 2022, pp. 69-76; Perulero García, 2017, pp. 634 y sgts.). Por último, ante tanta reticencia normativa, resulta (tristemente) obligada la referencia a la Guía Práctica de la Mediación Intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, «la Guía»), que se ha venido convirtiendo en una cuasi-fuente del derecho procesal proto-restaurativo y sobre cuya problematicidad apuntaremos algunas consideraciones más adelante. Con todo, en las páginas siguientes, más que a una exposición ordenada y sistemática de las mismas, utilizaré las breves referencias normativas solo para «aterrizar» el debate.

4. ¿JUSTICIA RESTAURATIVA ES IGUAL A MEDIACIÓN?

Una primera cuestión podría plantearse de cara a la sustancial identificación que, en el trasplante de la idea restaurativa a nuestro sistema, se ha producido entre el medio (mediación víctima-ofensor) y el fin (reparación). De hecho, cabría preguntarse si, dadas las finalidades a las que hemos aludido anteriormente, la única (y/o mejor) forma de compatibilizarlas con nuestra respuesta «convencional» al delito (el proceso) sea recurrir a la mediación víctima-ofensor que con-

vierte con cierta *nonchalance* al delito en un «conflicto» susceptible de ser resuelto mediante un acuerdo entre particulares.

De hecho, pensando en las ideas básicas sobre las que se apoya nuestro sistema penal, si se construye el delito sobre la afectación a un bien jurídico y si, al neto de las interminables discusiones que siguen rodeando a la categoría, aceptamos que bienes jurídicos son «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo *en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*» (Roxin, 1997, p. 56, cursivas mías), cobra sentido que el derecho penal (*ultima ratio* del ordenamiento jurídico) se movilice tan solo cuando los bienes jurídicos esenciales *para la convivencia en sociedad* son sometidos a ataques especialmente preocupantes (de nuevo) *de cara a la convivencia en sociedad*. Teniendo presente lo anterior, resulta consecuente la idea de un proceso penal en el que, con carácter general, el peso de la acción penal grava sobre las espaldas del representante de la sociedad y en el que las partes han de poder «presentar todos los aspectos controvertidos de un caso ante un juez *como representante de una comunidad jurídica* encargada de juzgar imparcialmente» (Habermas, 2005, p. 240, cursiva mía).

Reducir el delito a un conflicto entre infractor y víctima, parece introducir una nota desentonada en este contexto, especialmente si (como sucede cuando se adopta un determinado «enfoque mediador-restaurativo»), se entiende que todo el protagonismo que se le otorga a la víctima, se le quita a la sociedad, que, según parece, ya no tiene nada que decir.

Ciertamente, podría replicarse que, incluso en nuestro sistema, la acción penal no siempre es indisponible para las partes «privadas» y que el hecho de que el régimen de procedibilidad tenga en cuenta las exigencias de la víctima y, en algunos casos, conceda relevancia a la reparación del daño para poner fin al procedimiento (Tamarit Sumalla, 1998, pp. 215 y sgts.), no es algo novedoso. Pero la observación solo serviría para de-problematizar la «novedad» restaurativa («armónizada» con el enfoque tradicional que mira al delito y al proceso como acontecimientos públicos), en los delitos privados y semiprivados⁶, en los que el propio legislador ha venido a decir algo así como que «el interés del particular es tan o más importante que el del propio Estado» (Quintero Olivares, 2007, p. 753). Y parece evidente que, delimitada a este ámbito, la idea de justicia restaurativa anclada a la mediación resulta menos «rompedora»: la necesidad de un intento de

6 Si se acepta llamar así a los delitos semipúblicos (necesario el impulso de la parte para el comienzo del proceso en el que, a diferencia de lo que acontece en los delitos privados, entra en escena el Ministerio Fiscal) en los que es eficaz el perdón del ofendido que, después de la reforma de 2015, ha de intervenir antes de que se haya dictado la sentencia y que puede ser eficaz (aparte que en donde así expresamente indicado) en todos los delitos leves perseguibles a instancia del agraviado (Monzón-Cabeza Olmeda, 2018). En los delitos semipúblicos (restantes), el espacio para una mediación impulsada institucionalmente es claramente más angosto, ya que habría de situarse entre la *notitia criminis* y la denuncia. No vale, en cambio, aquí la referencia a la conformidad (ni al principio de oportunidad) en cuyo marco, por lo menos en teoría, la «negociación» no se produce entre «particulares».

conciliación (art. 278 LECrim) no es ciertamente reciente, como tampoco lo es la eficacia del perdón del ofendido (Tomás y Valiente, 1961). Y, si es cierto que, incluso aquí, la mediación puede jugar un papel decisivo (De la Cuesta y Germán, 2022, p. 76), no lo es menos que la mediación alternativa a la conciliación es cosa distinta de la mediación alternativa (o complemento) al proceso adversarial.

Así las cosas, *prima facie*, parecen entonces más compatibles con nuestra cultura jurídico-penal aquellos planteamientos «restaurativos» que han ido más allá de la mediación víctima-victimario. Como se observa comúnmente, después de una primera etapa centrada en la contraposición de la idea «restaurativa» con la de «justicia retributiva», los defensores de un concepto estricto de *restorative justice* han hecho hincapié en que restaurativo es aquel «proceso por el cual *todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se reúnen para resolverla colectivamente para tratar sus implicaciones de futuro*» (Marshall, 1998, cursivas mías), siendo la «comunidad» un componente esencial e irrenunciable de la vicisitud procesal-restaurativa: la misma viene en consideración no solo como parte afectada por el comportamiento delictivo, sino como (co)responsable del bienestar de sus miembros (y, por lo tanto, de los comportamientos desviados) de tal forma que se postula su implicación activa en el reconocimiento (y reparación) del daño sufrido por la víctima así como en el proceso de «superación» que ha de llevar a cabo el ofensor (Walgrave, 2008). Lo anterior ciertamente casa mal con la reducción del delito a un conflicto víctima-victimario (la fórmula elegida por nuestro sistema como vehículo de las instancias restaurativas): y de hecho, de acuerdo con estos planteamientos, la idea de mediación resulta solo «principalmente» restaurativa, en contraposición con programas «plenamente restaurativos» en los que intervienen no solo la víctima y el ofensor, sino también la «comunidad» (McCold y Watchel, 2016): conferencias de grupos comunitarios y familiares y círculos (Braithwaite, 1999; Guardiola, M. J.; Albertí, M.; Casado, C.; Martins, S. y Susanne, G., 2011; UNDOC, 2006 y 2020) parecerían entonces alternativas más prometedoras que, sin embargo, nuestro sistema proto-restaurativo habría injustificadamente preterido.

Pues bien, en mi opinión, esta última observación debería tomarse *cum grano salis*, teniendo en cuenta los problemas de viabilidad de semejantes métodos comunitarios en nuestro contexto de *civil law*, urbano, transnacional, multicultural y *web-connected* que se halla ciertamente a las antípodas de los orígenes tribales que normalmente se asocian a estas prácticas. Como se ha puesto de manifiesto (Walgrave, 2008), configurar esa «comunidad» (como algo distinto a la sociedad-Estado) no es ni mucho menos sencillo, como tampoco lo es su movilización y, cuanto más global es el contexto, más aumentan las dificultades (Guardiola et al., 2012, p. 171). Además, aunque es aquí imposible abordar satisfactoriamente la cuestión, me parece que, a la hora de medirse con ella, deberían tomarse en serio los buenos argumentos que están detrás de la identificación de la «comunidad» con el «Estado», que no pueden liquidarse sin más; y no se trata solo de

cuestiones prácticas o históricas, sino también de motivos relacionados con la fundamentación de la «decisión» del conflicto (momento que debería mantenerse distinto del acompañamiento posterior de víctima y ofensor) y que se conectan con el principio de legalidad penal y procesal en combinación con la reserva de ley (orgánica) estatal en materia penal que nos sitúan de lleno ante el problema de la «aceptabilidad de las razones en que se apoya la pretensión de legitimidad» (Habermas, 2005, p. 100) de la decisión dirigida a un conjunto de personas que ha de tender hacia la totalidad de los asociados (incluso más allá de los confines nacionales) y no ciertamente hacia un grupo pequeño, local o familiar⁷. Algo más diremos en el siguiente apartado.

5. LA PÉRDIDA DE LEGITIMIDAD DE LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Tampoco es infrecuente que los defensores de la práctica restaurativa se refieran a las normas reguladoras del proceso como a un incomprensible y complicadísimo entramado que enajena a la víctima e incentiva al infractor a actuar «estratégicamente».

Frente a esta idea, convendría recordar que, por lo menos en el mundo del deber ser, el proceso tiene un papel legitimador no solo de la decisión, sino del entero sistema-derecho. Y si, en Luhmann (1983), la legitimación procedimental (igualmente necesaria) termina resultando en mera apariencia (López de Lizaga, 2021, pp. 141 y sgts.), con Habermas, «la prohibición de autoauxilio solo se puede realizar eficazmente si las partes reciben ciertas garantías de obtener una decisión correcta», es decir, legítima (Habermas, 2005, p. 309)⁸. Y el proceso legitima a la decisión, convirtiéndola en un producto racional de la interacción de un conjunto de normas (democrática y racionalmente «validadas») que programan un juego argumentativo capaz de convertir las contribuciones fruto de la actitud estratégica de las partes⁹ en «un discurso que desde la perspectiva del juez sirve a la obtención de un juicio imparcial» (Habermas, 2005, p. 305)¹⁰. En palabras del

⁷ Como se ha observado, en el proceso, «las interpretaciones de casos particulares» han de remitirse a un «discurso que socioontológicamente está articulado de suerte que las perspectivas de los participantes y las perspectivas de los miembros no implicados de la comunidad jurídica, representados por un juez imparcial, se dejen transformar unas en otras» (Habermas, 2005, pp. 300-301).

⁸ El desenlace de la vicisitud procesal (esto es, la sentencia) adquiere así legitimidad (aparece como correcta) y aceptabilidad (puede pretender ser cumplida más allá del uso de la fuerza) precisamente en virtud del cumplimiento de toda una serie de reglas cada una de las cuales tiene un preciso rol en la plasmación del juicio imparcial del juez (véanse los ejemplos que plantea el propio Habermas, 2005, p. 307).

⁹ Las partes no están obligadas a una búsqueda cooperativa de la verdad: su interés por obtener un resultado favorable en el proceso pueden también «perseguirlo por vía de utilizar estratégicamente como tapadera en el momento oportuno argumentos susceptibles de consenso» (Habermas, 2005, p. 303).

¹⁰ Como se ha observado, «todos los implicados en el proceso, cualesquiera sean los motivos por los que se guían, hacen contribuciones a un discurso que desde la perspectiva del juez sirve a la obtención de un juicio imparcial. Y solo esa perspectiva es la esencial para la fundamentación de la decisión» (Habermas, 2005, p. 303).

autor, «el derecho procesal no hace más que asegurar (...) el marco institucional para discursos de comunicación que así quedan libres, es decir, que así pueden producirse» (Habermas, 2005, p. 307), garantizando sustancialmente un proceso discursivo que permite seleccionar de forma imparcial a los mejores argumentos.

Entre otros factores, en los manuales de Derecho procesal, la pretensión de legitimidad del proceso penal (y de su desenlace) se relaciona con la publicidad externa (del juicio oral) y la exigencia de motivación (también pública) de la resolución. Respecto del principio de publicidad, apenas hace falta recordar su conexión con la confianza de la comunidad en los Tribunales y con el escudo que la misma construye frente a una justicia arbitraria situada al margen del control público (entre muchas, véanse STC 96/1987, de 10 de junio y STEDH de 8 de diciembre de 1983 *Preto y otros c. Italia*). De cara a la exigencia de una motivación exhaustiva del fallo, sea suficiente recordar a Calamandrei (1960, p. 115) quien se refería a la misma como al signo más importante y típico de la «racionalización de la función jurisdiccional» o incluso «del sentido de la justicia» (*Ibidem*, p. 125) que se plasma en la que el insigne jurista llamaba el «diario de viaje de la lógica judicial» (*Ibidem*, p. 118). Siguiendo al mismo autor, hoy en día, se suele incidir (Pérez Cruz, 2020, pp. 579-580) en una función exhortativa (pedagógica) de la motivación, por medio de la cual se justifica la bondad de la resolución; en una función jurídica (la motivación permite comprobar y también controlar el razonamiento del juez) y en una función justificativa (relacionada con la proscripción de la arbitrariedad del razonamiento judicial).

Cuando, en cambio, se habla de mediación, la palabra clave es «confidencialidad» que se pretende funcional a la creación de un espacio de comunicación seguro (Art. 12.1 Directiva 2012/29/UE). El artículo 15.2 EVD es clarísimo:

«Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función».

Aparte de ello, a la hora de hacer referencia a la estructura semi-informal de la mediación, la doctrina ha hablado de «deslegalización», «antiformalismo» y «flexibilidad procedimental» (referida tanto al lugar como a las formas). Todo ello favorecería el éxito del proceso de diálogo cooperativo, así como la creatividad de la solución.

Empero, lo anterior no solo desbanca a la publicidad legitimadora, sino que también termina mermando la idea de «motivación»¹¹. Si, para una decisión ra-

¹¹ Por ejemplo, de acuerdo con el Anteproyecto, cuando informa sobre el resultado de la mediación, el servicio de justicia restaurativa tan solo menciona «el resultado positivo o negativo de la actividad realizada, acompañando, en caso positivo, el acta de reparación» que contiene «los acuerdos a los que las partes hayan llegado» y rigurosamente sin «revelar el contenido de las comunicaciones mantenidas por las partes».

cionalmente aceptable, parece esencial un proceso argumentativo *fair* basado en buenos argumentos y si buenos argumentos son aquellos que son susceptibles de ser esgrimidos públicamente (Habermas, 2005, p. 420 y *passim*), la mediación víctima-ofensor termina introduciendo elementos que parecen mermar la capacidad de la «solución» del conflicto de hacerse aceptable para la comunidad (que no ha participado directamente en ella): los argumentos aquí no son públicos y nada asegura (ni permite controlar) la *fairness* del procedimiento legitimador cuya solución se presenta a los ajenos al diálogo mediador con un toque de «por-que sí» que recuerda aquella arbitrariedad proscrita a los jueces sentenciadores.

Ciertamente, podría replicarse que el secreto que rodea al núcleo argumentativo del proceso mediador se apoya en buenos argumentos que, más allá de los que atañen a la víctima (seguridad) o al *output* creativo, guardan relación con los derechos del victimario. Sobre ello, discutiremos en el siguiente apartado.

6. NEMO TENETUR SE DETEGERE

Para que la mediación tenga sentido, se dice, es precisa cierta predisposición de víctima y victimario a actuar de forma no estratégica. En el caso del segundo, se pretende que se responsabilice de sus acciones y consecuencias, entienda la gravedad de lo que ha hecho y participe activamente en la tarea reparadora (no solo material)¹². Para que eso pueda suceder, se exige como *conditio sine qua non* para el acceso (derivación) a la mediación que el «infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad» (artículo 15.1 .a) del EVD). Qué quiera eso decir, no es fácil saberlo: ¿qué hechos son «esenciales»? Reconocer los hechos, ¿es equivalente a declararse culpable? Y, si eso no es así, ¿cómo se atreve la norma a utilizar la palabra «infractor»? Y, sobre todo, ¿es eso lo mismo que venía exigiendo la Directiva 2012/29/UE que se refería a «los elementos fácticos básicos del caso» (véase Serrano Hoyo, 2016)?¹³

Que el derecho a no declarar contra uno mismo pase a un segundo plano, parece evidente: si, como hemos visto, el proceso penal (por lo menos en teoría) está equipado con unas reglas que permiten alcanzar una resolución racionalmente aceptable teniendo en cuenta la posibilidad de que el acusado no diga ni haga absolutamente nada, en la mediación de-procedimentalizada, si no se colabora activamente (nótese bien: en el auto-castigo reparador), nada parece tener sentido. De ahí que, una primera cuestión podría suscitarse recordando que la advertencia kantiana que proscribía la utilización del ser humano como medio no

12 Nótese que el EVD, a la hora de explicar para qué sirve la mediación, parece «olvidar» al victimario, ya que la única finalidad a la que alude es que la víctima obtenga «una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito».

13 De acuerdo con la Guía, no podrá derivarse a mediación el acusado que «niegue la existencia y/o participación en el hecho».

debería resultar en mera retórica, riesgo al que nos exponemos toda vez que, en nombre de exigencias preventivo-especiales (por muy «restaurativas» que sean), justificamos la intrusión abrupta de un sistema (moralizador) en la esfera individual interna del sujeto (acusado, sospechoso...pero todavía no «infractor») ¹⁴. Y eso que el artículo 24.2 CE parece suficientemente claro: «todos tienen derecho (...) a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

Ahora, no es que la advertencia constitucional haya pasado desapercibida a las instancias mediador-restaurativas. Es un derecho, claro está. Pero es disponible, siempre que la renuncia sea voluntaria, informada y revocable (art. 181 del Anteproyecto y art. 15.c) EVD). Entonces, una vez informados, entre otras cosas, de los posibles efectos del proceso de mediación, tanto la víctima como, sobre todo, el victimario ¹⁵, prestan un consentimiento que el Anteproyecto exige «voluntario» (art. 181) que no «libre», como, en cambio, ha de serlo cuando se trata de conformidad (art. 165).

Y ciertamente, esta «voluntariedad» ha de ser leída en un sentido (en mi opinión) no demasiado exigente, ya que ha de hacerse compatible con el «consejo» expreso del juez y/o ministerio fiscal ¹⁶ y con los incentivos (descuentos de pena ¹⁷) que el ordenamiento suele asociar a quien accede y logra alcanzar un acuerdo mediador y de los que el infractor debe ser rigurosamente informado antes de prestar su consentimiento «voluntario».

Pero entonces, la duda es la siguiente: como hemos telegráficamente observado, la renuncia a las garantías procesales (en primer lugar, al *nemo tenetur*) se fundamenta en la incompatibilidad de la mediación-restaurativa con la actuación estratégica (*pro domo sua*) del acusado que, cuando accede a la mediación-restaurativa, se auto-colocaría en una situación «comunicativa» proyectada hacia el

14 Aunque no explícitamente a propósito de esta cuestión, me parece que pueden aquí perfectamente reproducirse las consideraciones de Álvarez García (2014, p. 234).

15 Aunque el Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre que desarrolla el EVD nada dice de la información para el «infractor».

16 De acuerdo con el artículo 182 del Anteproyecto, «el Ministerio Fiscal, según las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima, podrá, de oficio (...) remitir a las partes de un procedimiento restaurativo»; según el artículo 553 del mismo texto, «el fiscal, al recibir el atestado o denuncia, también podrá acordar mediante decreto la remisión al proceso de justicia restaurativa cuando inicialmente pueda apreciarse la concurrencia de sus presupuestos»; la Guía, por su parte, dispone que «la selección de los casos que se van a derivar a Mediación la realizará el órgano judicial, quien a través de la oportuna resolución invitará a las partes y a sus abogados a que acudan a una sesión informativa», lo que se sustanciará en una resolución a la que se incorporarán «los trípticos del CGPJ sobre mediación» (sic!)

17 El Anteproyecto (art. 184 III) es muy claro al respecto: «si se alcanzara acuerdo [sin que sea necesario que se ejecute], las conclusiones definitivas y la sentencia incluirán la atenuante de la reparación». La Guía, por su parte, invita al Juez, si es posible, a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión. Y eso, tan solo si nos hallamos en el juicio oral: porque si el acuerdo interviene anteriormente, el Ministerio Fiscal podrá decretar el archivo «por oportunidad» con condiciones favorables: a diferencia de cuando el mismo se produce sin mediación, en este caso, no es precisa la «mínima o insignificante» incidencia del hecho punible sobre bienes o intereses protegidos ni tampoco la «mínima culpabilidad»; la última alternativa es naturalmente una conformidad que incluirá el acta de reparación (art. 183).

sincero arrepentimiento y la voluntad reparadora del daño causado. Pero nada se dice del recurso «estratégico» a la mediación por parte de quien, aconsejado por el juez o por el Ministerio Fiscal (que, por lo tanto, le «invita» a reconocer los hechos), más que el perdón y la empatía, busca simplemente la mayor reducción posible de la pena, exactamente como lo haría quien no renuncia al derecho constitucional a la presunción de inocencia¹⁸. Además, debería aquí considerarse el peligro (todavía mayor) de que el acusado que tiene mayor talento como actor resulte más beneficiado del que, sinceramente arrepentido, se topa con una víctima más intransigente que finalmente, no perdona: y de hecho, si la mediación fracasa, los problemas son enormes.

7 ¿Y SI LA MEDIACIÓN FRACASA?

Es evidente que la mediación puede terminar en un acuerdo entre las partes. O no. En ese segundo caso, el proceso retoma su cauce. Pero nada ya es igual que antes. El acusado ya es un «infractor» que ha reconocido «los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad». Y, por mucho que el Fiscal no tenga conocimiento del desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa (que se pretende rigurosamente confidencial, tanto *ad extra* como *ad intra*), es difícil pensar en que ni él ni el juez sentenciador sepan que ha habido un intento de mediación y, por ende, que el acusado ha reconocido «los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad»¹⁹.

Aparte de ello, quienes conocerán (indirecta, pero) seguramente lo acontecido en las secretísimas sesiones de mediación serán los letrados (de la víctima y del victimario) que ciertamente no podrán utilizar la información directamente, pero que, a buen seguro, sí lo harán para efectos de conformar su estrategia defensiva.

Por último, tampoco es difícil imaginar lo problemático que resulta el recurso a la mediación en el caso de presencia de varios coimputados: junto con

18 En mi opinión, sería conveniente reflexionar acerca del peligroso acercamiento de la conformidad con la lógica restaurativa: como es sabido, la primera responde a un *economic approach* al derecho que sencillamente apunta a la no celebración del juicio y que nada tiene que ver con instancias reparadoras (Donnini, 2018). Ahora, colocar a la segunda en el mismo horizonte de la primera, implica aceptar que la misma lógica negocial-económica termina absorbiendo las instancias restaurativas que podrían reducirse a mera vestimenta formal tranquilizadora. Dicho con otras palabras, la elección del medio «más adecuado» para la resolución del conflicto, así entendida, se expone al riesgo de que la adecuación no se valore con relación al tipo de conflicto o las intenciones reparadoras del infractor, sino que el acusado se decante finalmente hacia el medio «más adecuado para recibir el castigo menos severo». Por último, si alguien intentara responder que por eso hay un mediador (o un juez o un fiscal derivador) que debe valorar la «sinceridad» del victimario (como *conditio sine qua non* para acceder, primero y permanecer, después, en el ámbito de la mediación-restaurativa), debería oponérsele con contundencia que *cogitationis poenam, nemo patitur* (véase, de forma especialmente eficaz, Álvarez García, 2014, p. 231).

19 Incluso el cambio de juez que propone el Anteproyecto para la conformidad, no parece ni estar pensado ni servir para el caso.

el problema que atañe a la situación de aquél que no accede a renunciar al derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, a diferencia de un compañero de aventura más proclive a experimentar medios alternativos y que reconoce los hechos, también merecería cierta atención el supuesto en el que el éxito de la mediación fuera dispar por decisión de la víctima que decidiera «perdonar» a unos y no a otros (para quienes el proceso seguiría su curso...«normal»). Si el primer problema atañe también a la conformidad, el segundo nos sitúa ante un interrogante todavía más crucial (al que nos referiremos telegráficamente en seguida): de la víctima sustancialmente depende (por lo menos en parte) el desenlace de la vicisitud procesal y, junto con ella, la pena efectivamente impuesta (o suspendida).

8 MEDIACIÓN PENAL, POPULISMO PUNITIVO Y BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Sobre todo en ambientes criminológicos, se ha ido esbozando una idea de acuerdo con la cual un enfoque restaurativo focalizado en positivo sobre la capacidad del ser humano de superar el delito apoyándose en las «voluntades y capacidades de los interesados de encontrar soluciones constructivas», se colocaría en el marco una «criminología de la confianza» capaz de oponerse al imperante panpunitivismo que pivota sobre la idea de seguridad, impulsando una política criminal basada en el «respeto, solidaridad, equidad y participación activa» (Walgrave, 2019, p. 633).

La propuesta es desde luego sugestiva y es difícil negar que la bienintencionada aproximación restaurativa tiene poco en común con el derecho penal atrapados cuyo imparables desarrollo parece no conocer límites.

Empero, en primer lugar, convendría no olvidar demasiado rápidamente que, legislar en materia penal pensando en la víctima, no es camino que se suele emprender con el principio de fragmentariedad y *ultima ratio* bajo el brazo. Y también convendría tener en cuenta que, en los últimos decenios, las principales denuncias relacionadas con la expansión de la que (debería ser) la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico se han dirigido principalmente hacia el «nuevo» derecho penal de la sociedad del riesgo que ha venido interviniendo esencialmente frente a peligros abstractos relacionados con bienes jurídicos supraindividuales. Y de hecho, la polémica ha investido esencialmente el derecho penal socioeconómico, antiterrorista, de «lucha» contra el crimen organizado, la corrupción, el tráfico de drogas... Aquí es dónde la intervención penal a protección del peligro abstracto para no siempre aprehensibles bienes jurídicos intangibles ha encontrado la firme oposición de parte de la doctrina y es en este marco en el que se han abierto camino propuestas relacionadas con un derecho

penal mínimo, a dos velocidades²⁰, opuestas a la de un derecho penal del enemigo (Silva Sánchez, 2001).

Empero, si un bien jurídico es supraindividual cuándo la titularidad del mismo pertenece a un número elevado de personas (limitado o no, pero tendencialmente indefinido)²¹ no hay quien no vea cómo la mediación víctima-victimario encuentra mayores problemas de configurabilidad precisamente en esa área de expansión del derecho penal. De hecho, parece difícil que una víctima individual pueda perdonar una ofensa a la colectividad (véase, por ejemplo, STS 616/2014, de 25 de septiembre ECLI:ES:TS:2014:3855). En estos supuestos, no parece del todo plausible (Álvarez García, 2014, pp. 225-226) pretender re-enfocar la mediación solo hacia el infractor y la idea de acudir a víctimas simbólicas o vicarias (que podría *prima facie* resultar sugerente) no siempre resulta convincente (piénsese en los delitos contra la Administración pública): el riesgo que se aprecia leyendo ciertos planteamientos es que la «mediación» se convierta en otra cosa, en un fin en sí mismo, que, así replanteada, no resuelve ya ningún «conflicto»²².

Al contrario, dónde la mediación penal restaurativa podría aportar probablemente más, es en el ámbito de los delitos que se producen en el ámbito vecinal o familiar, en el que la importancia de la reconstrucción de la relación pre-existente a la infracción se vuelve especialmente acuciante. Por lo menos *a priori*, incluso la violencia de género²³ (de competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer) podría representar un terreno especialmente fértil que, sin embargo, el legislador español ha expresamente excluido (art. 87-ter.5 LOPJ). El debate sobre este particular es demasiado conocido como para que merezca la pena reproducirlo ahora: lo que ciertamente llama la atención, son ciertos argumentos (esgrimidos por quienes, hasta ahora, parecen haber ganado la batalla) que, si tomados en serio, redimensionan la entera idea de mediación restaurativa. Así, la alusión a la desigualdad en la relación víctima-victimario, a la fuerte carga emocional y al carácter público de la infracción a la que el derecho penal debería enfrentar-

20 Nótese que una de ellas, podrías ser precisamente la «reparación» (Silva Sánchez, 2001, p. 153).

21 Como no es argumento de este trabajo, prescindimos ahora del complejo debate acerca de la cuestión inherente a los bienes jurídicos supraindividuales, difusos, colectivos... Baste mencionar que parte de la doctrina añade como características el hecho de que su aprovechamiento por parte de un individuo sería no excluyente ni limitador del aprovechamiento por parte de los demás; la indisponibilidad, la titularidad compartida y, a veces, la naturaleza conflictual.

22 Similares argumentos pueden esgrimirse si la discusión se focaliza hacia el victimario-persona jurídica, mientras que debe tomarse nota de que el TJUE (C-205/2009, de 21/10/2010) ha dejado claro que el concepto (comunitario) de víctima se refiere únicamente a las personas físicas. En el caso de víctima-masa (gran número de personas afectadas) el problema parece concernir a la individualización de los afectados y a la cuantificación de su victimización (que puede ser desigual); la idea de victimización global plantea problemas de cara a la mediación. Plantear una mediación entre la corporación y la víctima de violencia corporativa, por su parte, entraña problemas relacionados con la asimetría informativa y el desequilibrio. Finalmente, en el supuesto de víctima difusa, habría que distinguir entre perjuicios directos susceptibles de reparación (medio ambiente) del perjuicio indirecto o colectivo (corrupción) que es más difícil pensar reparado.

23 Ciertamente, se trata de un ámbito del derecho penal en el que, a menudo, la eficacia se mide (rigurosamente) en años de prisión.

se alejando a las partes, parece oponerse claramente a la idea de mediación-restaurativa que trae fuerza precisamente de la minimización de la victimización secundaria; del equilibrio que el mediador debería garantizar y que los órganos derivadores habrían de pronosticar así como de la voluntariedad que se exige acompañe al consentimiento de las partes a lo largo de todo el proceso; de la posibilidad de canalizar la carga emocional hacia la positiva resolución restaurativa precisamente acercando las partes; de la conversión del miedo en confianza...²⁴ Por su parte, el argumento basado en el peligro de banalización del conflicto que entrañaría cualquier tipo negociación en esa materia, no puede esgrimirse en serio a la vez que se admite que el mismo ordenamiento que proscribe la mediación, no pone ningún problema de cara a la operatividad de la conformidad (De la Cuesta y Germán, 2022, p. 67).

9. LA MEDIACIÓN *IN ACTION*: ¿TODOS LOS CIUDADANOS SON IGUALES ANTE LA LEY?

9.1. Si las cosas dependen de la víctima...

Pensemos en dos casos (1 y 2) absolutamente idénticos, en los que los infractores, sinceramente arrepentidos, son derivados a mediación y buscan con los mismos medios llegar a la misma solución reparadora. La víctima del caso 1, con estudios superiores y muchos recursos económicos, acepta llegar a un acuerdo²⁵, lo que activa los mecanismos que implican una significativa mitigación de la sanción. En el caso 2, en cambio, la víctima, sin estudios o con escasos recursos, no acepta²⁶, por lo que el proceso se reanuda y finaliza con un desenlace más severo que el del caso 1.

El problema es entonces que el resultado de la mediación (que, como hemos visto, puede tener importantes repercusiones penológicas) depende no solo de la voluntad del infractor y del trabajo del mediador, sino también de la disposición de la víctima. Y que la voluntad de la víctima incida en la respuesta penal no pa-

24 Por lo que respecta al carácter público del conflicto, más allá de reivindicaciones comprensibles a la luz de contextos culturales quizás no siempre y no del todo superados, no puede hoy en día pensarse seriamente en un derecho penal que, puesto ante la improbable tarea de graduar la «publicidad» de los delitos, eleve por encima de cualquier otro a la violencia de género. O dicho de otra forma: si la violencia de género se excluye del ámbito de operatividad de la mediación-restaurativa debido a su carácter «público», cabría preguntarse a cuántos otros delitos habría que excluir.

25 Por ejemplo, porque le importa más obtener una disculpa que conseguir todo lo que obtendría si se empeñara en la celebración de un juicio.

26 Por ejemplo, porque espera conseguir una indemnización superior... Aunque ciertamente sea fruto de mi escasa erudición en la materia, no he hallado estudios criminológicos que midan la correlación entre el éxito de la mediación y, por ejemplo, el nivel educativo o económico de víctima y victimario.

rece hallar soporte en ninguna parte de la teoría del delito ni por supuesto en las reglas de determinación de la pena.

Ciertamente, podrá objetarse que la disparidad de sanciones para casos idénticos no puede excluirse ni siquiera en el sistema convencional en los que los jueces no dejan de ser personas que formulan juicios necesariamente «personales» tanto a la hora de interpretar la norma penal como de determinar la pena (Donnini, 2018, p. 600). Empero, así argumentando, se confunde la perspectiva *on the books* con la aproximación *in action*. Así, podría retenerse que, si cierta inevitable disparidad en la aplicación del Código penal parece innegable, no lo es menos que el sistema «convencional» se ha equipado con medios que procuran, si no eliminarla, por lo menos minimizarla: la función nomofiláctica del recurso en Casación en ciertamente el principal²⁷. En el caso de la mediación-restaurativa, en cambio, la disparidad de tratamiento para casos idénticos (desde el punto de vista del injusto y de la culpabilidad del infractor) es elemento que va intrínsecamente ligado a la voluntad de la víctima que se quiere protagonista precisamente en este sentido y se convierte así en un elemento prácticamente esencial y consustancial a la propia lógica del sistema. Dicho con otras palabras, mientras que, para el sistema «convencional», la desigual aplicación del derecho, es un *accidens* que ha de ser minimizado (si no puede expulsarse), en el ámbito de la mediación, el principio de igualdad formal resiste solo si se modifica profundamente la idea de merecimiento de pena, introduciendo a la voluntad de la víctima como parámetro del desvalor...

9.2. Cuando la cosa depende de las Comunidades Autónomas y de Convenios con el Consejo General del Poder Judicial...

En España, la implementación de la mediación en el proceso penal de adultos se ha introducido en un marco sorpresivamente a-legal. Si la LECrim ni menciona la mediación y, en la LOPJ, la única referencia a la autocomposición de conflictos en materia penal se sustancia en la prohibición de utilizar la mediación en asuntos de competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el Consejo General del Poder Judicial ha ido impulsando proyectos pilotos en diversas Comunidades Autónomas, con éxitos y análisis ciertamente notables y útiles para la investigación criminológica.

Empero, sobre todo en el ámbito penal, se trata de una forma, por lo menos, «curiosa» de proceder.

Así, en primer lugar, con una aproximación *on the books*, junto con el principio de legalidad procesal, debería recordarse que el artículo 149.1 6ª de la Constitución dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la materia procesal (Rodríguez García, 2017).

²⁷ A veces, también se ha hecho hincapié en los principios de jerarquía y unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

Mirando a la mediación *in action*, debería tomarse nota de la muy desigual implementación de servicios de justicia de restaurativa en las oficinas de asistencia a las víctimas (De la Cuesta y Germán, 2022): si preguntamos al propio CGPJ qué órganos judiciales ofrecen hoy en España mediación en el ámbito penal (cosa que podemos hacer rápidamente en la web www.poderjudicial.es), la consulta nos devuelve un mapa lleno de zonas blancas (es decir, en las que la mediación, sencillamente, no se ofrece). Pero entonces, en el caso de A que comete un delito X, siendo la víctima B, tendremos que, si la competencia para conocer el asunto se halla en una Comunidad Autónoma equipada con convenio con el CGPJ, un servicio de justicia restaurativa, jueces y fiscales proclives a hacer uso de la mediación-restaurativa y mediadores, A contará con dicha alternativa; en caso contrario, no. Lo que es sencillamente inaceptable, si se toma mínimamente en serio la antigua idea liberal de igualdad frente a la ley.

10. MEDIACIÓN RESTAURATIVA VS. PROCESO RETRIBUTIVO. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA A LA CONTRAPOSICIÓN

No es infrecuente que se contraponga una idea restaurativa asociada a la mediación con una idea de justicia retributiva propia del proceso penal convencional.

Sobre lo discutible que resulta la primera identificación (de justicia restaurativa con mediación), ya hemos dicho. Ahora, solo queda añadir que identificar el proceso penal *sic et simpliciter* con justicia retributiva implica ignorar la reflexión doctrinal-dogmática que ha rodeado a la teoría de la pena a lo largo de unas cuantas décadas²⁸.

Empero, más que insistir en esta consideración, quisiera hacer propicia la ocasión para aludir a una propuesta avanzada por la más destacada doctrina italiana (Donnini, 2018 y 2013) que definitivamente descarta la viabilidad argumental de esta demasiado simple contraposición, poniendo de manifiesto que la diferenciación esquemática basada sobre el medio (proceso público vs. mediación) no es ni mucho menos automáticamente superponible a la que concierne a los fines (reparación vs. Retribución): al igual que puede pensarse en medios más restaurativos que la mediación, puede imaginarse un proceso «convencional» reparador.

La propuesta se formula a partir de una crítica hacia el sistema tradicional que comparte pero no se agota en la que tradicionalmente se mueve desde planteamientos mediador-restaurativos (pena proyectada hacia el fracaso pasado, que representa un mal frente a otro mal y que se administra con finalidades esencialmente retributivas...). Lo que se añade es la definitiva admisión de la derrota de la ciencia jurídico-penal frente al reto que supone parametrizar la pena a la

²⁸ Puede remitirse a las consideraciones de Álvarez García (2014, pp. 216 y ss.) aunque me parece que se pronuncia claramente en sentido contrario Donnini (2013, pp. 1171 y ss.).

gravedad del delito: por un lado, se constata que la falta de homogeneidad de los valores en juego impide una ponderación mínimamente científica entre los bienes ofendidos por el delito y los afectados por la pena²⁹; por otro, se insiste en la quimera que representa el «cálculo de la culpabilidad» de un sujeto sobre la base de un solo hecho que justificaría una consecuencia que implica directamente a la dignidad, la libertad y, en definitiva, la propia vida del autor³⁰. En comparación, se dice, la matemática científicidad de la sanción civil es evidente (Donnini, 2013, p. 1177).

Y entonces la propuesta: ¿y si construyésemos un sistema penal de parte general que pivotara sobre la idea de reparación del daño causado? Podríamos pensar, por ejemplo, en un Código penal hipotético que, después del «delito intentado», se ocupara del «delito reparado» y que dijera algo así como que toda vez que el daño-ofensa se repara, la pena se extingue, se suspende o, sencillamente, no se aplica³¹.

Un sistema, entendámonos, construido *a favor* de la víctima-perjudicada, pero en cuyo marco la misma «no se convierte en protagonista, quedando en parte neutralizada por el monopolio estatal de la fuerza y de la pena» en el que «el Estado se hace cargo de su destino como víctima, de la recuperación del daño-ofensa en el signo del principio de subsidiariedad» (Donnini, 2013, pp. 1205-1206). Un sistema en el que la pena criminal (que conocemos) empieza tan solo frente a un perjuicio no reparable o no reparado, no indemnizable o no indemnizado (Donnini, 2013, p. 1207), cuando «la reparación no es posible, no ha tenido lugar, o de todas formas no sirve para compensar el delito» (Donnini, 2018, p. 589).

Al igual que se predica desde las instancias mediador-restaurativas, la consecuencia del delito se proyectaría hacia un comportamiento activo *pro futuro* del victimario (un signo «+» y no «-» como acontecería cuando se desemboca en la retribución), en el marco de un sistema que abandonaría decididamente la sensación de que «el delito, como tal, es un ilícito sin vuelta atrás» (Donnini, 2018, p. 560) en favor de una idea de reparación de la ofensa y de resarcimiento (en el que la primera no tiene por qué coincidir con el segundo) «mucho más racional»

29 El ejemplo que se utiliza es, por ejemplo, la libertad (mermada por la pena privativa de libertad) y la seguridad de los mercados financieros o la integridad de los productos alimenticios.

30 A decir verdad, el autor añade como argumentos: 1. cierta innegable tendencia político-criminal en considerar cada vez más relevante la «reparación» del perjuicio causado por la ofensa penalmente relevante como factor idóneo para disminuir o incluso eliminar las penas (Donnini, 2018); 2. las conocidas contradicciones de la teoría de la pena (Donnini, 2013). Mientras que el segundo punto resulta demasiado complejo para ser ahora traído a colación, respecto del primero, mi opinión es que las consideraciones del autor (italiano y referidas a la evolución del derecho penal transalpino) son solo en parte extrapolables a España (puede remitirse a Álvarez García, 2014, p. 221).

31 En este sentido, la propuesta va más allá de la realizada por la más destacada doctrina española (Silva Sánchez, 2001, pp. 159 y ss.) que plantea una situación que prescinda de la privación de libertad para aquella parte del derecho penal en expansión (distinta al «núcleo duro» del derecho penal).

que la de retribución, sobre todo en lo que atañe a la determinación cuantitativa de la sanción.

El concepto clave es el de «delito reparado» que se presenta como «más general» y «más técnico» del planteamiento mediador-restaurativo: si no se puede reparar a la víctima (por ejemplo, porque no la hay), siempre se podrá reparar a la sociedad (o directamente al Estado) y la «reparación» puede resultar aquí absolutamente «cínica» (perfectamente compatible con la naturaleza jurídica de la persona-victimario o víctima).

La ventaja de esta aproximación es que minimizaría los problemas que hemos ido apuntando: la sanción sería conminada por un juez imparcial, mediante argumentos «públicos», de forma motivada, y se insertaría de forma armónica en la teoría del delito en cuyo marco sencillamente se reconoce que «una conducta que voluntariamente restaura la situación precedente a la ofensa no merece (salvo excepciones de política criminal) una mera atenuante común, sino una disminución no inferior a la de la tentativa» (Donnini, 2018, p. 595). Aparte, se insiste, las ventajas serían evidentes a la hora de parametrizar la consecuencia jurídica con la gravedad de la ofensa en un ejercicio mucho más preciso y plausible; en este sentido, un sistema así construido, no solo se colocaría al lado opuesto de la mediación-restaurativa (que, considerando decisiva la disposición de la víctima, convierte a la operación en algo menos racional), sino que incluso, se dice, supondría un avance respecto del sistema actual (en materia de principio de igualdad aplicado al *quantum* del castigo).

Discutir la idea no es aquí mínimamente posible. Lo que interesa es señalar cómo la misma reseña como una advertencia para quienes pretendan jubilar demasiado apresuradamente el «trasto» procesal «obsoleto».

11. ALGO MENOS QUE UNA CONCLUSIÓN

No tengo espacio para más. Y probablemente, cuanto he dicho, no sea suficiente para extraer conclusiones definitivas. Me limito, por lo tanto, a añadir una pequeña reflexión final.

A mi modo de ver, el auge de la mediación-restaurativa (por lo menos en nuestra cultura jurídica) se inserta de lleno en cierta tendencia (que honradamente me parece incontrovertible) en buscar soluciones «adecuadas» al problema-delito que pasan por «privatizar» la administración de la justicia penal: el recurso masivo al *compliance*, la reciente tendencia hacia la introducción de medidas premiales (mucho más allá de las formas más preocupantes del crimen organizado), el *whistleblowing* visto como la panacea de la *lucha* contra la corrupción... y, en el ámbito procesal, el auge de la conformidad (negocial y premiada), son solo algunos ejemplos.

Ahora, me parece evidente que los bienintencionados planteamientos restaurativos tienen algo que aportar que no puede sencillamente descartarse. La advertencia es empero que la búsqueda (se insiste, bienintencionada) de medios «alternativos», si demasiado apresurada, se convierta en una coartada para no analizar los problemas que, muchas veces, parecen concernir más a la gestión del sistema penal, que a su fundamento (Álvarez García, 2014). Así, frente a supuestos bagatelares, más que la mediación restaurativa (o el archivo por oportunidad), es la despenalización que debería plantearse; frente a la pretendida sobrecarga del sistema judicial, el problema de los recursos con los que cuenta no puede solucionarse con la mediación, porque, si así se hace, la ineficiencia de la administración no hará sino proyectarse sobre la segunda (y a la vista está); exactamente como, frente a la corrupción pública, auguro cierta frustración a quien ha confiado ciegamente en los *whistleblowers* sin resolver antes el problema de la politización de la función pública....

Pero esta es otra historia que aquí no podemos contar.

12. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, J. (2014). La mediación penal. En R. Castillejo Manzanares; M. J.; Sande Mayo, C. Torrado Tarrío, (coords.). *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, pp. 215-242.
- Armenta Deu, T. (2018). Justicia Restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico. *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, 44.
- Benito Sánchez, C. D. (2020). *Evidencia empírica y populismo punitivo*. Bosh.
- Cabezudo Rodríguez, N. (2011) El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 86.
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América
- De la Cuesta, J. L. y Germán, I. (2022). *La justicia restaurativa en España*. Iustel.
- Donnini, M. (2013). Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1162-1218.
- Donnini, M. (2018). Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice. En C. E. Paliero; F.; Viganò, F. Baile.; G. L. Gatta (a cura di): *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*. Giuffrè.
- González Cano, M. I. (2016). *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal (fundamentos, principios, manifestaciones y perspectivas de futuro)*. Tirant Lo Blanch.

- Guardiola, M. J.; Albertí, M.; Casado, C.; Martins, S.; Susanne, G. (2011) *¿Es el conferencing una herramienta útil para los programas de mediación en el ámbito penal del Departamento de Justicia?* Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada, disponible en <https://cejfe.gencat.cat>
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Trotta.
- López de Lizaga, J. L. (2021). *Lenguaje y sistema sociales: la teoría sociológica de Jürgen Habermas y Niklas Luhmann*. Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Luhmann, N. (1983): *Legitimation durch Verfahren*. Suhrkamp.
- Marshall, T. (1998). *Restorative justice: an overview*. A report by the Home Office Research Development and Statistic Directorate disponible en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjmgunipr_7AhVhhP0HHYtLCn8QFnoECB4QAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.antonioacasella.eu%2Frestorative%2FMarshall_1999-b.pdf&usg=AOvVawIueTvph82mEneWBroUfKjd
- Martín, J.; Cano, F.; Dapena, J. (2010): Justicia reparadora: mediación penal para adultos y juvenil. *Libro blanco de la mediación en Cataluña* (pp. 587-651). Generalidad de Cataluña, disponible en <https://justicia.gencat.cat>
- McCold, P. y Watchel, T. (2016). En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa, *XIII Congreso Mundial sobre Criminología, Rio de Janeiro, 2003*, publicado en <https://www.iirp.edu/news/en-busca-de-un-paradigma-una-teoria-sobre-justicia-restaurativa>.
- Monzón-Cabeza Olmeda, A. (2018). Algunas cuestiones sobre el perdón del ofendido. En Morales Prats, F.; Tamarit Sumalla, J. M.; García Albero, R. M. (coords.). *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares* (pp. 375-392). Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- Pérez-Cruz, A-G. (2020) Tema 23. En Pérez-Cruz, A-G.; Varona Jiménez, A.; Neira Pera, A. M.; Roca Martínez, J-M.; Piñol Rodríguez, J-R.; Rodríguez García, N. y Ferreiro Baamonde, X-X. Pérez-Cruz, A-G. (coord.). *Derecho Procesal Penal* (pp. 569-586). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Perulero García, D. (2017): Mecanismos de viabilidad para las prácticas restaurativas y la mediación en el proceso penal, en H. Soletto, (dir.); E. Carretero Morales, y C. Ruiz López, (coords.): *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos*. Tecnos. pp. 615-639
- Quintero Olivares, G. (2005). *Parte General del Derecho Penal*. Pamplona: Thomson Aranzadi.
- Rodríguez García, N. (2017). Presente y futuro de la mediación penal. En A. M. Rodríguez Tirado,; *Cuestiones actuales de Derecho procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*. Tirant Lo Blanch, pp. 269-309
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Serrano Hoyo, G. (2016). Los servicios de justicia restaurativa en el Estatuto de la víctima del delito en Jimeno Bulnes, M.; Pérez Gil, J.; Pedraz Penalva, E. (coords). *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*. Bosh. pp. 959-975.

- Silva Sánchez, J-M. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas.
- Tomás y Valiente, F. (1961). El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII). *Anuario de historia del derecho español*, n. 31, 1961, pp. 55-114.
- UNDOC (2006). *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa*.
- UNDOC (2020). *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa*.
- Walgrave, L. (2008). *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Willan Publishing.
- Walgrave, L. (2019). Restorative justice in severe times: threatened or an opportunity? *New Criminal Law Review*, vol. 22, n. 4, pp. 618-644.
- Zehr, H. (1990). *Changing lenses: A new focus for Crime and Justice*, Herald Press (consultado en versión .epub).