

Derecho en transformación. Cuestiones de filosofía jurídica y justicia reparadora

por
Nuria Beloso Martín

«C'è una misura per tutte le cose al di là della quale inizia l'ingovernabilità e la disgregazione» (Orazio Coco)

Abstract: The Right is subjected to deep transformations at the present time. One of them is that of the conception of the Right as a simple coercive order, characteristic of the neo new-positivism, and that it has been overcome by the postulates of the constitutionalism. Concepts like the Right «premieral», the sanction and the artificial coercion remit us to a revision of the relationship among Right and its forces, looking for a vision multidimensional of the artificial coercion. The true challenge is that of the preservation of the biggest space possible of freedom, characteristic of an autonomous citizen and main character of the XXI century. The complementary forms of resolution of conflicts, in the area of the criminal law, through the restorative justice, of the substitution of the theories retributivist's of the pain for the theories of the repair and by means of the new relationships between victim and aggressor, they contribute to open new possibilities in the relationship among Right and its punishment.

Resumen: El Derecho está sometido a profundas transformaciones en la actualidad. Una de ellas es la de la concepción del Derecho como un simple orden coactivo, propia del neopositivismo, y que ha sido superada por los postulados del neoconstitucionalismo. Conceptos como el Derecho premieral, la sanción y la coacción jurídica nos remiten a una revisión de la relación entre Derecho y fuerza, buscando una visión pluridimensional de la coacción jurídica. El verdadero reto es el de la preservación del mayor espacio posible de libertad, propio de un ciudada-

no autónomo y protagonista del siglo XXI. Las formas complementarias de resolución de conflictos, en el área del Derecho penal, a través de la justicia reparadora, de la sustitución de las teorías retribucionistas de la pena por las teorías de la reparación y mediante las nuevas relaciones entre víctima y agresor, contribuyen a abrir nuevas posibilidades en la relación entre Derecho y castigo.

1. *Castigar y premiar como funciones del Derecho*¹

La búsqueda de un concepto «absoluto» de la justicia se remonta a los propios inicios de la historia de la humanidad. La imagen representativa de la justicia, con una venda en los ojos y sujetando una balanza —que representa el cálculo, una aritmética de la suma y de la resta— y una espada —que representa el juicio—, ha estado teñida de un aspecto enigmático. No son pocos los casos en que tal virtud de «lo justo» acaba siendo reducida a una especie de caja vacía que cada uno puede llenar a su gusto. Partimos de que el reconocimiento de la justicia no coincide con la legalidad con la consecuencia, entre otras, de que la injusticia no se limita a la mera transgresión de la norma. El propio concepto de justicia asume frecuentemente la forma de tragedia: junto al margen inevitable de error humano, conviene recordar los efectos destructivos sobre la existencia de sus protagonistas provocados por muchas decisiones judiciales técnicamente «impecables», los diversos suicidios ligados a procesos y penas «formalmente» irreprochables. A ello hay que sumar la insatisfacción que acompaña casi siempre al espectáculo de «vencedores y vencidos» al término de cada «procedimiento ritual» judicial. El modelo de justicia culturalmente todavía dominante es el de la justicia distributiva (en el ámbito civil) y retributiva (en el ámbito penal): la justicia que atribuye «a cada uno aquello que le corresponde», «da a cada uno en la medida en que se lo merece, en sentido positivo o negativo». Es una justicia que calcula, que mide en los términos de aqué-

¹ Un estudio inicial sobre este tema lo hemos realizado en: «La mediación penal», en N. Belloso Martín coord., (2006) *Estudios sobre Mediación familiar: la Ley de Mediación familiar de Castilla y León*, Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 293-319. También en: «Justicia y mediación penal: la responsabilidad de las Políticas Públicas», en M. Marlene Moraes da Costa coord., (2006): *Direito, Cidadania e Políticas Públicas*, Porto Alegre, Imprensa Livre, pp. 133-172.

llo que corresponde o en los términos de lo que deba ser negado. Este modelo de justicia se completa con la autoridad de juez (del ordenamiento, del sistema), la responsabilidad por la transgresión de la norma y la consiguiente producción de un evento ofensivo y la coerción a través de la pena. El proceso gira en torno a la idea de contraposición y contradictorio —adversarios—, de juicio —*iuris dictio*— y de fuerza².

Se hace necesario dejar atrás esta «respuesta primitiva», todavía dominante, para avanzar hacia una justicia negociada, una respuesta «privada». La vía de la mediación, en el ámbito de la responsabilidad penal de menores, puede constituir una excelente oportunidad para buscar nuevas formas de justicia. Mediación y justicia reparatoria no serán nunca la «última palabra sobre la justicia» sino que tienen el mérito de esbozar una respuesta a partir del sentimiento de injusticia

Para quien se ocupa de la teoría del Derecho, una de las tareas habituales es la de reflexionar sobre el concepto del Derecho y, principalmente, sobre las funciones del Derecho: el «para qué sirve el Derecho»³. En el siglo XXI observamos las nuevas transformaciones que el Derecho experimenta y las alternativas que ante el Derecho se abren. Poco a poco van cobrando fuerza los modelos jurídicos que se interesan no sólo por estudiar la utilización pragmática del Derecho sino también por crear y ampliar nuevos parámetros jurídicos con vistas a prevenir las relaciones conflictivas, partiendo de la motivación positiva de los comportamientos.

La regulación de la vida social se presenta como la función principal del Derecho. Esta función de integración y orientación de los comportamientos sociales, que comúnmente se conoce como ‘control social’, la puede realizar el Derecho haciendo uso de diversas técnicas: a) *Técnicas protectoras y represivas*: son aquellas que tienden a imponer deberes jurídico positivos (obligaciones) o negativos (prohibiciones) a los individuos bajo la amenaza de una pena o sanción de tipo negativo, impuestas por los mecanismos jurídicos de control penal. Este tipo de

² Cfr. Mazzucato, C. (2004): «Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale», *Ars Interpretandi, Mediazione ed ermeneutica*, Padova: Cedam, vol.9, pp. 165-193.

³ Vid. Ferrari, Vincenzo (1989): *Funciones del Derecho*, Madrid: Debate; también, Bobbio, Norberto (1980): «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas», en A. Ruiz Miguel edtr., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Torres, pp. 263-287.

técnicas son las propias del Estado liberal clásico; b) *Técnicas organizativas o regulativas*: son aquellas mediante las cuales el Derecho organiza la estructura social y económica, define y distribuye roles sociales, otorga y distribuye poderes públicos y redistribuye recursos públicos y técnicas promocionales. Este tipo de técnicas son las propias del Estado social; c) *Técnicas promocionales*: son aquellas que pretenden convencer a los individuos para que realicen ciertos comportamientos socialmente necesarios. Para tal propósito se utilizan leyes que incentiven junto con una sanción positiva o compensatoria para intentar compensar al agente de los esfuerzos y trabajos hechos o de los gastos que haya ocasionado el procurar una ventaja a la sociedad. Es el caso de exenciones fiscales, bonificaciones en las cuotas de la seguridad Social, etc. Este tipo de técnicas comienza su desarrollo con el Estado de bienestar, al objeto de conseguir la realización de valores o de fines sociales para todos los ciudadanos que, con un mero Estado protector y no intervencionista, era imposible.

Podemos observar que para lograr esta regulación, este control social, el Derecho utiliza la recompensa negativa (sanción, pena, privación, desventaja) y, también en ocasiones, la recompensa positiva (un bien, una ventaja, un premio). La concepción solidaria del hombre en la sociedad debería promover naturalmente el aumento del ámbito del Derecho espontáneo, pudiéndose convertir la aplicación de la fuerza coactiva, poco a poco, en innecesaria. Y ello nos lleva a preguntarnos si la incidencia de la coacción en la vida cotidiana del Derecho tiende a aumentar o a disminuir. Habría que indagar si resulta razonable continuar sosteniendo que las personas sólo acatan la norma jurídica por el miedo a ser obligados a hacerlo a través de la fuerza o, por el contrario, que el cumplimiento y el respeto al Derecho se da, principalmente, en razón del bien social que tal actitud proporciona. Son muy pocos los libros y manuales de enseñanza del Derecho en los cuales se proclama enfáticamente que el Derecho sin coacción no es Derecho⁴. Baste remitirnos a la pauta de la antigua imagen acuñada por R. Ihering: «El Derecho sin coacción es fuego que no quema, llama que no ilumina»⁵.

⁴ Cfr. Vasconcelos, Arnaldo (2001): *Direito e força. Uma visão pluridimensional da coação jurídica*, São Paulo: Dialética, pp. 106-107.

⁵ Un abordaje más completo de este tema —sobre el que ahora no podemos extendernos— exigiría un análisis de carácter interdisciplinar (vertiente psicológica, moral,

La historia ha mostrado que, el castigo, como técnica de control social, aunque permanezca como una forma de obtener la conducta deseada, se ha convertido en un mecanismo de dudosa eficacia jurídica⁶. La clásica obra de M. Foucault, *Surveiller et punir* (1975)⁷, pone de manifiesto la insuficiencia del castigo y la búsqueda de otras fórmulas, como en el área penal, de la reinserción del delincuente, técnica que también se ha revelado como impracticable. De ahí que, junto al castigo (técni-

sociológica) valorando también el concreto marco histórico-político y el modelo de Estado que lo sustenta.

Un estudio profundo sobre el fundamento y la finalidad de la sanción puede encontrarse en: Falcón y Tella, María José y Fernando Falcón y Tella (2005): *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Madrid: Marcial Pons.

⁶ La sanción ha sido objeto de estudio de numerosos filósofos a lo largo de la historia: Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, T. Hobbes, J. Locke, I. Kant, G.W.F. Hegel, J. Bentham y H.L.Hart (*Vid.*, Hart, Herbert L.A. (1968): *Punishment and Responsibility* (inicialmente publicado en 1959-60), Oxford: Clarendon Press. Hay trad. al castellano de Betegón, Jerónimo (1990): «Introducción a los principios de la pena», en J. Betegón y J.R. de Páramo compil., *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos*, Barcelona: Ariel), a los que se podría añadir una larga lista de especialistas en otras áreas de conocimiento, tales como la Psicología, Psicoanálisis, Pedagogía, Teoría de la Educación y otras.

⁷ Foucault, Michel (1979 ed. española): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. A. Garzón del Camino, Madrid: Siglo XXI.

En esta obra nos presenta Foucault la evolución del castigo, primero de los cuerpos (a través del suplicio, de la exposición pública) y después, de las almas. Con todo, la acción sobre el cuerpo tampoco se encuentra totalmente suprimida a mediados del siglo XIX. La pena ciertamente dejó de estar centrada en el suplicio como técnica de sufrimiento pero tomó como objeto principal la pérdida de un bien o de un derecho. Un castigo como los trabajos forzados o incluso como la prisión —mera privación de libertad—, no ha funcionado jamás sin cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimenticio, privación sexual, golpes, celda. En la primera mitad del siglo XIX la prisión, se decía, no era lo suficientemente punitiva, pues los presos pasaban menos hambre, menos frío que muchos de los pobres o incluso de los obreros.

¿De dónde procede esa extraña práctica de encerrar para corregir incluida en los códigos penales de la época moderna? ¿Se trata de una vieja herencia de la Edad Media? Los patíbulos dieron lugar a nuevas edificaciones teñidas de benevolencia. Los muros, los cerrojos, las celdas, se configuraban como una verdadera empresa de ortopedia social. Entre los siglos XVI y XIX se desarrolló un conjunto de procedimientos ideados para dividir, controlar, encauzar a los individuos y hacerlos a la vez, dóciles y útiles. El siglo XIX inventó ciertamente las libertades, pero con un trasfondo disciplinario del que aún no hemos conseguido librarnos. Y esas prisiones, ¿siguen hoy siendo válidas a los fines del Derecho? Actualmente el sistema carcelario moderno no se atreve a decir que castiga crímenes sino que se presenta intentando reinsertar a los delincuentes.

ca represiva), convenga abrir un espacio al premio (técnica promocional) que posibilite, con un mínimo de inconvenientes y de coste social, alcanzar un máximo de resultados positivos. Se hace necesario superar la concepción tradicional, miope y obsoleta de que el Derecho sólo contempla la sanción punitiva, con finalidad satisfactoria o reparatoria, siempre como resultado de la inobservancia de la ley.

E. Durkheim, en su obra *L'Education morale*, distingue dos grandes grupos de sanciones: las positivas y las negativas. Las sanciones negativas son los castigos y las sanciones positivas, las recompensas. Ambas tienen en común que refuerzan el cumplimiento de las normas, si bien lo hacen de forma antagónica: las negativas, castigando al infractor del deber; las positivas, premiando al que lo ha cumplido⁸. Dentro de las negativas se incluyen tanto las sanciones represivas o penales como las restitutivas, civiles o administrativas. Las positivas se relacionan con el mérito. Las negativas con un demérito. Las positivas se refieren a una situación pretérita, se premia a alguien por el mérito que ya ha alcanzado. Las sanciones positivas están pues más próximas a las doctrinas retributivas, frente a sus opuestas, las teorías utilitaristas, que miran al futuro.

Las nociones de utilidad, que derivan de las futuras consecuencias beneficiosas que una acción pueda deparar, y la noción de mérito, que se establece a partir de acciones pasadas y pretéritas, se oponen. Hacemos notar que cuando se habla de sanciones jurídicas pensamos sobre todo en los castigos. De hecho, no existe un código de premios paralelo al código punitivo del Código Penal.

Si el Derecho nos castiga por la inobservancia de su cumplimiento, ¿no debería recíprocamente, premiar a quien sí obedece y acata sus normas? La obediencia al Derecho puede dar —o no— una satisfacción moral —el deber cumplido, tranquilidad de conciencia—. Es decir, la obediencia al Derecho tiene sólo una recompensa moral. ¿Y por qué no una recompensa o premio jurídico? Podríamos considerar, análogamente, que bastaría con una sanción «moral» para castigar el incumplimiento de las normas —remordimiento—. Pero estaríamos trasladando consecuencias del orden moral al orden jurídico. ¿Por qué no se contemplan pues, simultáneamente, tanto la recompensa como la pena?

⁸ Vid. Robles Morchón, Gregorio (2001): *Crimen y castigo (Ensayo sobre Durkheim)*, Madrid: Civitas.

Son diversos los estudios que se han ocupado del mecanismo de la gratificación-punición⁹. Aparece así la idea de que el Estado debe recompensar los actos excepcionales, aquellos que vayan más allá de la simple observancia a lo contenido en el ordenamiento jurídico¹⁰. Se comienzan a configurar las leyes actuales del incentivo y, una vez escogida la actividad que debe ser impulsada, disponen una serie de medidas que la facilite y pueda disminuir las dificultades. Se distingue así la sanción positiva (premio)¹¹ de la sanción negativa (pena)¹². Partiendo del utilitarismo, el interés por el derecho premial se difunde también en la teoría jurídica penalista. La dicotomía recompensa/pena invade este ámbito. La idea de recompensa como instrumento de prevención de los delitos va apareciendo y la noción de recompensa se presenta, según el mode-

⁹ Destacamos los de T. Hobbes, en su obra *Leviatán*, Montesquieu, en *El espíritu de las leyes*, J. Bentham, en su *Tratado sobre Legislación penal y civil*, Cesar Beccaria en su obra *Dei delitti e delle pene*, G. Dragonetti con su *Trattato delle virtù e de' premi*.

¹⁰ G. Dragonetti, por ejemplo, apunta que sólo los romanos conocieron la importancia de las recompensas, pero que no llegaron a codificarlas. Los griegos y los romanos consiguieron, durante mucho tiempo, confiar solamente en la fuerza de los premios honoríficos: estatuas, coronas, honras, triunfos, etc. Pero una vez perdido el amor a la patria, esos premios perdieron su importancia, pasándose a recompensar a los soldados veteranos con pensiones especiales y tierras, dando lugar al origen de los feudos (Cfr. Dragonetti, Giacinto (1767): *Traité des versus et des récompenses*, Paris: Jean Gravier, trad. R. Salas, (1836): *Tratado de las virtudes y de los premios*, Madrid: Villamil).

¹¹ Como características principales se pueden destacar: a) reacción a una conducta buena; b) se configura como una medida de presión y constricción para hacer nacer un comportamiento deseado; c) impulsa un acto socialmente útil, retribuye con un placer un esfuerzo del agente por la tarea realizada; d) consiste en la atribución de una ventaja o en la privación de una desventaja; e) técnica de facilitación que pretende favorecer la acción de una conducta deseada; f) medida que tiende a provocar conductas deseadas; g) surge, principalmente, en razón de la función promocional del Estado intervencionista contemporáneo; h) hace que el destinatario se interese por conductas deseables y benéficas; i) produce un efecto de estimulación; j) constituye la promesa de un beneficio.

¹² Como características principales destacamos: a) reacción a una mala conducta; b) se configura como una medida de prohibición, intentando impedir un comportamiento no deseado; c) represión de un acto socialmente nocivo; d) retribuye con un dolor a un placer del delito por parte del agente; e) consiste en la atribución de un inconveniente o en la privación de un beneficio; f) técnica de obstaculizar que pretende desmotivar la acción de una conducta indeseable; g) medida que tiende a impedir las conductas indeseables; h) se originó, principalmente, como consecuencia de la función protectora-represiva del Estado liberal clásico; i) produce un efecto de intimidación; j) presenta un aspecto represivo al intentar impedir las conductas no deseadas, imponiendo miedo; k) constituye la amenaza de un daño.

lo utilitarista, como el instrumento utilizado por el Estado como opción, alternativa y parcial, a la pena¹³.

2. Breves reflexiones acerca de la pena

En la conciencia jurídica, moral y religiosa de la humanidad existe, a modo de sustrato, un principio de justicia que reclama la necesidad

¹³ Desde un planteamiento clásico, que se caracterizaba por una estrecha relación entre moral y derecho, se sostenía el carácter prevalente del ilícito jurídico y se relegaba el concepto de sanción a una función subsidiaria. La lógica era la de ilícito-sanción. En este sentido, Kelsen apunta que con el objetivo de dominar las conductas sociales, surgieron varios sistemas de control de comportamientos, como la moral y el Derecho, que normalizan la conducta por medio de la amenaza de infligir una sanción negativa (Cfr. Kelsen, Hans (1995): *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. E. García Maynez, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 60).

C. S. Nino ha resumido las notas fundamentales que Kelsen atribuye, de forma dispersa, al concepto de sanción. Son cuatro: a) es un acto coercitivo; b) tiene por objeto la privación de un bien; c) se impone por un órgano autorizado; d) debe ser la consecuencia de la conducta de un individuo (Cfr. Nino, Carlos Santiago (1987): *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona: Ariel).

Para Kelsen el Derecho se presenta como un orden normativo de la conducta humana que pretende dar lugar a un determinado comportamiento humano, asociando a la ausencia de ese comportamiento, un acto de fuerza socialmente organizado. Por coacción se entiende la reacción estatal a las conductas consideradas indeseables, reacción que se concreta en la imposición de una sanción —siempre acompañada de un acto impositivo o de fuerza— característica que distingue al Derecho de otros sistemas de control social. La sanción se configura como la retribución negativa de un acto delictivo.

Según Kelsen, las ciencias naturales se ocupan del estudio del mundo de la naturaleza, valiéndose del principio de causalidad —relaciones de causa y efecto— con el objetivo de examinar los fenómenos naturales. Las ciencias sociales normativas, por su parte, se ocupan de regular la conducta humana basándose en otro principio: el de la imputación. Por consiguiente, si en la causalidad, la lógica implica «si A, entonces B», en la imputación, ésta se transforma en «si A, entonces debe ser B». Es decir, la esfera de la causalidad integra el mundo del ser, de lo que efectivamente acontece, mientras que la esfera de la imputación se dirige a lo que debería ser, a lo que debería suceder. De ahí que el Derecho esté regido por el principio de imputación en el sentido de que es una obligación realizable y no una facticidad.

Hart, en su obra *El concepto de Derecho* (Hart, Herbert L.A. (1980): *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Madrid: Editora Nacional) critica el aspecto represivo atribuido a la norma por Kelsen. Hart constata la existencia de una gran gama de normas que no corresponden a la estructura normativa prescrita por Kelsen. Esta estructura parece adecuarse únicamente al Derecho Penal y apenas se puede identificar con el Derecho Civil. Hart demuestra que hay reglas que imponen deberes bajo la amenaza de sanciones y reglas que atribuyen poderes. No pueden ser pues reducidas a normas de un único tipo, como sostenía Kelsen, de normas basadas en amenazas de sanciones. Para Hart, la sanción caracteriza las reglas primarias y no todo el sistema.

de una correspondencia entre virtud moral y felicidad; este mismo concepto, expresado en versión negativa, reclama la correspondencia entre culpa e infelicidad¹⁴. Son muchos los interrogantes que podemos plantearnos: ¿es moral imponer una pena? ¿resulta inmoral castigar al culpable? ¿quién puede castigar? ¿cómo se debe castigar? ¿qué límites debe tener el castigo? ¿cuáles son los fines de la pena? ¿está legitimada la pena?¹⁵. La justificación del castigo es una tarea ardua. Porque, ¿cómo justificar moralmente que se castigue a alguien? ¿Por qué, por ejemplo, el privar a otro de su libertad puede ser visto en unas ocasiones reproducible —secuestro— y en otras, cuando constituye un castigo —prisión— produce asentimiento y aprobación, al menos por la mayoría de los ciudadanos? En el primer caso estamos ante una ofensa y en el segundo, ante el castigo a un ofensor. Ahí radica la diferencia entre ambos. En el segundo caso, el privar de la libertad a una persona, está excusado, «justificado». Sin embargo, antológicamente el mal sólo se soluciona con el bien, nunca con otro mal en sentido contrario.

La finalidad del castigo es otra de las cuestiones complejas. Para los retribucionistas, el castigo que se inflige a un individuo se encuentra moralmente justificado por el hecho de que dicho individuo merece ser castigado; y merece serlo cuando es culpable de haber cometido una ofensa. Las doctrinas retribucionistas se basan en la máxima de que es justo devolver mal por mal, y se mira hacia el pasado porque se ha delinquido¹⁶. Para los

¹⁴ Vid. a este respecto la obra de Cascavilla, M. (1995): *Colpa e infelicità. Giustizia e pena in Rosmini*, Torino: G. Giappichelli Editore.

¹⁵ Estas reflexiones acerca de la pena las haremos, no desde una perspectiva penalista, sino desde una perspectiva iusfilosófica, vinculándola al ideal de justicia, para poder analizar si cumple el papel que se le ha encomendado: contribución a hacer más justo el Derecho.

Vid. Roxin, C. (1976): *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad., M. Luzón Peña, Madrid: Reus, S.A.

¹⁶ Como apunta M.^a J. Falcón y Tella, existen diversas variantes de la retribución que pueden agruparse en cuatro apartados. Cada una da una respuesta diferente a la pregunta retribucionista de por qué castigar: a) Existe un bien intrínseco en hacer sufrir al culpable; b) Se consigue un reequilibrio entre beneficios y cargas; c) La sanción anula el mal causado, restaurando el *status quo* y el equilibrio social; d) La sanción supone reprobación y denuncia. Asimismo, diferencia la retribución de la represión, de la expiación, de la venganza, de la ley del talión de compensación de un mal con otro.

Los postulados de las teorías relativas, partidarias de las medidas de seguridad, que se fundamentan en las doctrinas humanitarias y utilitarias de la Ilustración, son opuestos a los de las teorías absolutas, defensoras de la pena (*op. cit.*, pp. 152-165).

utilitaristas, el castigo, todo castigo, es un daño. De ahí que surja la pregunta de cómo justificar algo que moralmente es malo en sí mismo, relacionándolo con un acto pasado, también malo en sí mismo. El castigo, desde una perspectiva utilitarista, sólo puede justificarse moralmente teniendo en cuenta las consecuencias valiosas que pueda llegar a producir, valorando más el para qué que el porqué, el futuro más que el pasado.

El Derecho Penal tiene una característica que lo diferencia de otros sistemas de control más sutiles: es un sistema represivo, en el que la violencia ocupa un lugar destacado tanto en los casos de los que se ocupa (homicidio, robo, violaciones), como en la forma en que se ocupa o pretende solucionar esos casos (cárcel, inhabilitaciones, pena de muerte en algunos países). Cuando el Estado castiga se dirige a sus ciudadanos para que reciban un mensaje y les trata como a ciudadanos racionales y responsables. Por ejemplo, las doctrinas retributivas transmiten un mensaje de disuasión a la generalidad de la población —prevención general— y hacen tomarse en serio la amenaza del castigo a los potenciales ofensores y al público en general. Sin embargo, el mensaje se dirige principalmente al ofensor pues de lo contrario estaríamos cayendo en el defecto señalado por Kant, de utilizar a dicho ofensor como medio —para que otros se abstengan— y no como un fin en sí mismo. Entendemos que no está justificada la objeción de quienes niegan la justicia retributiva basándose en textos escriturísticos. Se prohíbe la venganza privada pero se aprueba la social pública —la retribución—¹⁷. Un sistema penal racional no debería limitarse a la retribución sino que también tendría que contribuir a la rehabilitación.

El carácter coactivo del Derecho es lo que le permite diferenciarlo de otros órdenes de regulación de la conducta humana, como la moral y los usos sociales. El objetivo primario del derecho es que se cumpla lo ordenado por él —acción— o que se omitan las acciones contrarias a lo

¹⁷ El Nuevo Testamento, frente al Antiguo Testamento, se basa en el amor, y no en el temor; en la misericordia y en el perdón frente a la venganza y la retribución. De hecho, el Evangelio exige el perdón pero admite la necesidad de la justicia penal humana: «Si tu hermano te ofende, ve y házselo ver, a solas entre los dos. Si te hace caso, has ganado a tu hermano. Si no te hace caso, llama a otro o a otros dos, para que toda la cuestión quede zanjada apoyándose en dos o tres testigos. Si no les hace caso, díselo a la comunidad, y si no hace caso siquiera a la comunidad, considéralo como un pagano o un recaudador» (Mateo, cap. 18, ver.15, 16 y 17; Lucas, 17,3). Por ello, la exigencia bíblica del perdón no excluye una sanción punitiva. El perdón destruye la exigencia punitiva de la culpa, pero no la exigencia reequilibradora de la pena.

prohibido por él —omisión—. Las normas primarias son normas de conducta, que consisten en mandatos —positivos—, prohibiciones —negativas— o permisiones —conductas neutras—. Pero las normas primarias, de conducta, destinadas a la colectividad, no siempre son observadas. Es cuando surgen las normas secundarias —sancionadoras, destinadas a ser aplicadas por los jueces y tribunales¹⁸.

La función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico-penal en un contexto más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad. De ahí que el Derecho Penal «*no sea más que la parte visible, la más tétrica y terrible quizás, del iceberg que representan los diversos mecanismos de control del individuo en la sociedad. Pero no el único ni el más importante*». Las normas penales por sí solas serían insuficientes y excesivamente débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad. Todo el mundo sabe que robar o matar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere antes por la norma social y sólo posteriormente como norma jurídico-penal.

Actualmente estamos asistiendo a un fenómeno cada vez más difundido: el de las despenalización, deslegalización o desjuridificación, fenómeno que no responde tanto a un aligeramiento de la «presión sancionadora» de la sociedad sobre los individuos sino a diversas y novedosas estructuras de reglamentación de los conflictos. La sanción¹⁹ implica tener presente la libertad y con ella la responsabilidad. Donde

¹⁸ Por el tipo de sanción podríamos diferenciar entre normas perfectas, que son las que van acompañadas de una vuelta al estadio anterior a la infracción —por ejemplo, un robo mediante la devolución de lo robado—; normas más que perfectas, en las que además de lo anterior hay una sanción —por ejemplo, una multa, porque sino sería gratuito infringir la norma y el delincuente simplemente se quedaría como estaba antes del robo—; normas menos que perfectas, en las que sólo habría sanción, sin restitución; y normas imperfectas, en las que faltaría tanto la *restitutio in natura* como la sanción, como el algunos casos en los que se vulnera el Derecho internacional.

¹⁹ Conviene establecer claramente la conceptualización de estos términos. Se define la *sanción* como «la pena que la ley establece para el que la infringe»; también, como «el mal dimanado de una culpa y que es como su castigo». Por su parte, la *pena* es definida como «el castigo impuesto por superior legítimo al que ha cometido un delito o falta»; también, «cuidado, aflicción o sentimiento interior grande»; también, «dolor, tortura o sentimiento corporal». De ahí resulta la íntima conexión entre sanción y pena (Vid. Pérez Manzano, M. (1990): *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid).

no haya libertad, donde sólo exista necesidad natural no podrá pensarse en la sanción. Tampoco puede olvidarse la relación entre sanción y culpa. Sancionar no es tanto castigar una culpa como reconocer la culpa. El castigo es posterior y debe ir precedido necesariamente de este acto de reconocimiento. Como indica F. D'Agostino, sancionar es un acto existencial fundamental en el cual se mezcla el reconocimiento de la coexistencialidad humana, la capacidad de juicio y la consciencia de la diferencia entre causalidad natural e imputabilidad de las acciones²⁰.

La pena, partiendo de una definición de carácter bastante amplio y general, puede ser entendida como una especie del género «sanción». La especificidad de la sanción «penal» deriva de los valores ético-políticos que con la misma se pretenden conseguir. Y es a la pena considerada desde esta perspectiva a la que el pensamiento filosófico ha dedicado siempre mucha atención. Si el problema concerniente al objetivo y la función de la pena ha constituido objeto de estudio filosófico a través de la historia del pensamiento humano, solo desde una época relativamente reciente, —el Iluminismo— se ha intentado resolver el problema de la justificación moral de la pena así como el problema de los fundamentos y de los límites del poder punitivo o del derecho de castigar.

La sanción priva pues de un derecho: la vida, la libertad o la propiedad. ¿Cómo entonces los teóricos del derecho pueden defender la sanción? ¿Se puede conciliar la sanción, como violación de derechos, con los derechos? ¿Puede existir un derecho moralmente legítimo a sancionar? ¿No es como reconocer la existencia de un derecho a violar los derechos? A ello hay que añadir cuestiones tales como, ¿Qué tipo de derecho sería el derecho a castigar y ser castigado que varía en función de las contingencias del tiempo, lugar y ocasión, según el país y época histórica y dependiendo de las circunstancias que rodean la infracción? ¿Es que el delincuente tiene unos derechos sí y otros no? ¿Ha renunciado el delincuente a sus derechos?

En una sociedad compleja como la nuestra resulta imprescindible la gestión de las crisis y de los conflictos, sean estos de naturaleza social

²⁰ Cfr. D'Agostino, Francesco (1989): *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*, Torino: G. Giappichelli, p. 23. Del mismo autor, *vid.* D'Agostino, Francesco (1995): *La sanzione nell'esperienza giuridica*. 4.ª ed., aumentada, pp. 83-100. (En esta edición se ha incorporado el Cap. III, Giustizia e misericordia. Fondamenti filosofici e teologici della sanzione penale). *Vid.* también, Bustos Ramírez, José (1987): *Control social y sistema penal*, Barcelona: PPU, pp. 54 ss

o penal. El Derecho ha debido dar respuesta a estas exigencias y valores emergentes, dando cabida a soluciones más flexibles que en tiempos pasados. Para comprender mejor el estado actual de la cuestión, conviene revisar los modelos de justicia que se han ido sucediendo, hasta llegar al espacio de interés de la mediación. La evolución se puede resumir sintéticamente a través de tres tipos de modelos. El primero se ha calificado de «retributivo», y concebía la justicia como resarcimiento del daño mediante la expiación de una pena correspondiente al daño infligido. El objetivo era el de la reinserción social del reo. El segundo modelo ha sido el de la «rehabilitación» intentado establecer un vínculo entre cárcel y territorio, con el objetivo de recuperar al sujeto culpable del delito, acompañándole en la sociedad civil a condición de que demostrara tener intención seria de cumplir con los compromisos adquiridos. El tercer modelo sustituye a la víctima-Estado por la víctima-persona. En efecto, en el modelo «reparativo» ya no es el Estado el perjudicado por la transgresión de la norma sino la persona que se convierte en la parte ofendida. Por consiguiente, la pena deberá tender a la reparación en relación con la víctima que ha sufrido el perjuicio. El trabajo se concentra aquí en la responsabilización del reo, a quien se le da la posibilidad de reflexionar sobre las consecuencias derivadas de sus actos y sobre todo, de hacerlo frente a la persona a la que ha producido un daño²¹.

La cuestión es si necesariamente hay o no que castigar. Las respuestas pueden ser dos: las negativas o abolicionistas, que no reconocen justificación alguna al Derecho penal y al *ius puniendi* del Estado; y al contrario, las respuestas positivas a este problema, que puede englobarse bajo el rótulo de justificacionista, las cuales, reconociendo una necesidad de castigar, plantean problemas ulteriores sobre el porqué, el cómo y el cuándo de dicho castigo²².

A la luz de estas dos corrientes²³, el retribucionismo parece ser la teoría de la pena que mejor cumple las expectativas de la justicia, ya que

²¹ Cfr. Tei, F. (2000): «La mediazione in ambito penale minorile: sviluppo e prospettive a risonanza sociale», *Affari sociali internazionali* 2, pp. 169-178.

²² Vid. Falcón y Tella, María José, *op. cit.*, pp. 122 ss.

²³ En cuanto a la prevención general positiva, su antecedente más inmediato se puede encontrar en la doctrina de H. Welzel sobre la atribución a la pena de una función que va más allá de la mera protección de bienes jurídicos: «La misión principal del Derecho penal no es, como creyó la teoría anterior, de índole preventiva sino ético-social. La mera protección de los bienes jurídicos tiene un objetivo negativo-preventivo, policial preventivo, mientras que la misión central del Derecho penal es de naturaleza positiva ética-

excluye la posibilidad de penar a un inocente, exige que sólo se penen las acciones voluntarias, prescribe penas más severas para los hechos más graves, etc. Pero el retribucionismo parece implicar a la vez una intuición ética básica, cual es que la suma de dos males da como resultado un bien. ¿Es que el delito y la pena correspondiente pueden dar lugar a un bien? ¿No es un formalismo moral excesivo afirmar que los criminales deben ser penados cualesquiera que sean las consecuencias —«aunque perezca el pueblo»—, como señalaba Kant? Por el contrario, el utilitarismo aparece como la perspectiva racional y humana. Procura que no nos dejemos llevar por el ánimo de venganza y se interesa por mejorar la situación futura. Con todo, una aplicación estricta de la concepción utilitarista de la pena podría provocar consecuencias que se alejan del sentido de la justicia, como pudiera ser la justificación del castigo de un inocente cuando esto sea necesario para evitar un mal mayor²⁴.

social. En cuanto rechaza y castiga la transgresión de los valores fundamentales del sentir legal-jurídico, el Estado manifiesta de la manera más ostensible de que dispone la validez inviolable de estos valores positivos del actuar humano, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho. En esta función ético-social reside la misión más importante del Derecho penal» (Welzel, Hans (1951) *La teoría de la acción finalista*, trad. Fontán Balestra y Friker. Buenos Aires: Depalma, p. 12). La posterior expansión de esta teoría de la prevención general positiva es en gran parte atribuible a G. Jakobs quien, sirviéndose de una expresión que ya utilizara Hegel, el ordenamiento jurídico no puede comportarse frente al autor de un delito «como si fuese un perro», sino que debe tratarle como una persona. Señala así: «prevención general, porque pretende producir un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma esté vigente, de que la vigencia de la norma se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena (en el siglo pasado se hablaba —plásticamente— de eliminación del «daño intelectual del delito») (Jakobs, Günter (1992): «El principio de culpabilidad», trad., Cancio Mella en *ADPCP*, p. 1074).

Como puede advertirse, la tesis de la prevención general positiva es una corriente diversificada que agrupa principalmente dos orientaciones: por un lado, la de quienes fundamentan en ella la pena (Welzel, Kaufmann, Jakobs, Lesch) y, por otro, quienes pretenden limitar únicamente su propensión a atender en exceso demandas de intimidación (Hassmer, Roxin). La clave para distinguir ambas corrientes se basa en que mientras las primeras sustituyen el principio de culpabilidad por la idea de prevención, las segundas lo continúan interpretando como un límite o barrera a la exasperación de la prevención.

²⁴ La pena en un Estado social y democrático de Derecho debe satisfacer una doble finalidad: la defensa social contra el crimen, considerando los derechos de la potencial víctima y los intereses sociales, y la garantía de la dignidad del reo. La pena en la Constitución se concibe como un mal que se impone al sujeto autor de un delito o falta. Y es que, además de que nadie puede ser «condenado a un bien», su aplicación comporta la priva-

3. *Nuevas tendencias en el Derecho Penal*

La configuración del Derecho penal a lo largo de la historia, como ya hemos apuntado, ha experimentado una evolución compleja. Conviene poner ahora de manifiesto cuáles son las principales tendencias actuales, de las que vamos a destacar dos. La primera, la del Derecho penal autoritario. La segunda, la utilización de la mediación en el área penal, es decir, lo que comúnmente se conoce como la justicia restaurativa.

En primer lugar, la tendencia del *Derecho penal autoritario* se ha ido introduciendo de forma suave pero progresiva en nuestros ordenamientos jurídicos. Los parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos fundamentales, unas garantías que sirvieran, al menos formalmente, de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado²⁵. Hoy,

ción o restricción de derechos fundamentales del individuo. La pena no es así cualquier mal, sino aquel con que se amenaza e impone en unas ciertas condiciones, lo que permite diferenciarla de las demás sanciones, jurídicas o no. Es el castigo que, después de amenazado, impone el Estado por la realización de acciones u omisiones que en el momento de producirse constituyen delito o falta, según la legislación vigente (art.25.1 y 117 CE) a quien resulte condenado en un proceso público y sin dilaciones indebidas, desarrollando ante el juez ordinario predeterminado por la ley, habiendo tenido ocasión de defenderse y ser asistido por Letrado, gozando de las garantías y medios de prueba pertinentes para su defensa (arts. 25, 24 y 117 CE). Un castigo, además, cuya ejecución es encomendada a la vigilancia del poder judicial (arts. 117.3 y 118 CE) y de la administración penitenciaria, cuando la naturaleza de la pena lo requiera (art.25.2 CE).

Los dos principios que han presidido nuestro proceso penal han sido los de necesidad (el proceso resulta obligado para investigar acerca de la infracción penal) y legalidad (que supone la imprescindible apertura del proceso penal después de que se conozca que se ha producido un hecho delictivo).

Para la justificación de la pena, en tanto se pueda imputar su hacer a la persona del delincuente, éste estará obligado en atención a la comunidad, a cargar con la pena. (Vid. Mir Puig, S. (1982): *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2.ª ed., Barcelona: Bosch; también, Larenz, Karl (1990): *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad, Luis Díez-Picazo. Reimpresión. Madrid: Civitas, S.A., pp. 151-158).

²⁵ El garantismo penal presenta al menos diez axiomas:

1. Nulla poena sine crimine; 2. Nullum crime sine lege; 3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate; 4. Nulla necessitas sine actione; 5. Nulla iniuria sine actione; 6. Nulla actio sine culpa; 7. Nulla culpa sine indicio; 8. Nullum indicium sine accusatione; 9. Nulla accusatio sine probatione; 10. Nulla probatio sine defensione

Los principios y garantías penales y procesales expresados por estos axiomas son:

2. Principio de retribución o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2. Principio de legalidad; 3. Principio de necesidad o de economía del Derecho penal; 4. Principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5. Principio de materialidad o de la exterioridad

en cambio, el Derecho penal de los enemigos, se presenta como una realidad inevitable, y ello por varias razones: 1) Desde el atentado del once de septiembre en Nueva York, Estados Unidos ha abierto una guerra contra todos aquellos que, en su opinión pongan en peligro su hegemonía y seguridad. La guerra a Irak ha sido una sucesión de atropellos de derechos de la Convención de Ginebra: no se respetó la necesidad de autorización de la ONU para declararla, no se han respetado las normas de traslado y custodia de prisioneros, se asumen daños a civiles como simples «daños colaterales»; 2) Se pone en entredicho la competencia de la Corte Penal Internacional precisamente por aquellos países que tienen más posibilidades de ser juzgados por ese tribunal; 3) Al amparo de esta situación internacional se está legitimando la creación, a nivel nacional, de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado; 4) Esta tendencia, surgida al amparo de una situación excepcional, corre el peligro de convertirse en la regla normal de actuación de los órganos encargados de aplicar el Derecho penal; 5) Se está dando primacía al valor seguridad sobre cualquier otro²⁶.

Se está pues configurando un «Derecho penal del enemigo», es decir, un Derecho en el que el legislador no dialoga con sus conciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico²⁷. Pero esta acepción es difícil de aceptar en un Estado de Derecho que, por definición, no admite que pueda hacerse la distinción

riedad de la acción; 6. Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7. Principio de jurisdiccionalidad y Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 8. Principio de la carga de la prueba o de verificación; 9. Principio de contradicción, de la defensa o de la refutación.

²⁶ Cfr. Muñoz Conde, Francisco (2005): «El nuevo Derecho Penal autoritario: consideraciones sobre el llamado 'Derecho penal del enemigo', en G. Portilla Contreras coord., *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía: Akal, pp. 167-176. También, *vid.* Demetrio Crespo, Eduardo (2006): «Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo», en M.^a José Bernuz Beneitez y Ana Isabel Pérez Cepeda coord., *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Logroño: Universidad de la Rioja, pp. 107-120.

²⁷ Muñoz Conde apunta que nos acercamos cada vez más a lo que el penalista alemán, Günter Jakobs, ha calificado como un «Derecho penal del enemigo» (*op. cit.*, p. 169).

entre «ciudadanos» y «enemigos» como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Como acertadamente sostiene Muñoz Conde, si se admite su derogación, aunque sea en casos puntales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho.

No se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales. Un Estado de Derecho no puede utilizar medios de represión punitiva característicos de una dictadura. En un Estado de Derecho no pueden coexistir dos modelos diferentes de Derecho penal, uno respetuoso con las garantías y derechos fundamentales y otro puramente policial, para enemigos, que no respete los principios básicos y garantías características de un Estado de Derecho. No pueden pues aceptarse los mecanismos que, desde el Derecho penal y procesal del enemigo, se están queriendo introducir y que en la práctica conducen a la exclusión del ejercicio de determinados derechos fundamentales a quienes son considerados enemigos del Estado, originándose así un modelo de no-Derecho para enemigos.

La seguridad es el marco que el Estado debe garantizar a los ciudadanos para el libre y pacífico ejercicio de sus derechos, preservándolos de injerencias arbitrarias de otros individuos o de los propios poderes del Estado. Seguridad y libertad no deben verse como valores antinómicos, sino que son complementarios: su simultánea vigencia es imprescindible para la vida social. La seguridad es el ámbito adecuado para el desarrollo de la libertad; y el ejercicio de la libertad proporciona un contenido ético a la seguridad²⁸. Para garantizar la seguridad es necesaria la persecución del delito, lo cual lleva aparejada la imposición de una pena. Conviene pues reflexionar sobre la utilidad de la pena en orden a la prevención del delito. Se dice que la pena es un castigo (concepto social imperante), un símbolo de la reprobación pública frente al delito.

²⁸ Cfr. Cafferata, José Ignacio (2000): «Prevención y castigo del delito y seguridad ciudadana», en J.I. Cafferata Nores edtr., *Justicia penal y seguridad ciudadana*, Córdoba: Editorial Mediterránea, pp. 19-46.

Muchos la entienden como una retribución, consistente en la imposición de un mal como contrapartida de una conducta delictiva culpable, sin que tenga otra finalidad (se aplica sólo porque se delinque). Unos dicen que con ella se logra la restitución (simbólica) del derecho lesionado o la reintegración y compensación del orden jurídico alterado por el delito. Todos admiten que su base es la culpabilidad del agente.

Pero también hay opiniones que destacan que la pena debe procurar que no se delinca, llegándose a sostener que ésta es su única justificativa. Quienes defienden la «prevención general» creen que la amenaza de la pena debe servir de freno para que no caigan en el delito quienes se pueden ver inducidos a cometer una acción punible. Su imposición concreta refuerza la confianza de la sociedad en el Derecho, pues ésta percibe cómo se sanciona su quebrantamiento. El efecto de «prevención especial» puede lograrse evitando que la gente cometa nuevos delitos, tanto porque la pena nos libra durante su ejecución del delincuente y de su potencial actuación delictiva, como porque logra —por escarmiento o reeducación— resocializarlo (algo nunca demostrado en la práctica). Hay coincidencia mayoritaria sobre que estos fines no han sido alcanzados por la pena. Principalmente la pena privativa de libertad no ha hecho más que retroalimentar la violencia que procura controlar. Ello hace aconsejable reducir el ámbito de aplicación de la pena privativa de libertad a aquellos hechos delictivos graves, en donde la imposición de la pena como símbolo de la reprobación social, resulta todavía hoy difícil de sustituir.

En cuanto a la segunda de las tendencias actuales en el Derecho penal, constatamos que se está difundiendo la idea de añadir al Derecho penal una función social distinta a la de ser instrumento exclusivamente punitivo: la de ser un *instrumento de pacificación* (o mejor, de re-pacificación), atendiendo mejor a los derechos e intereses de la víctima y favoreciendo la situación del imputado. Ello reposa en la concepción que ve en muchos delitos más un conflicto que una infracción, y por ello, busca priorizar la solución del conflicto entre las partes, sobre el castigo a la infracción a la ley. Por ello prefiere la reparación del daño causado antes que su represión, otorgando al ofendido un protagonismo en la resolución del caso penal más acorde con su condición de primer damnificado por la infracción. Esta tendencia ha suscitado gran polémica y cuenta con detractores y defensores. Los primeros la consideran una propuesta arrogante al entender que se le expropia al Estado de la posibilidad de castigar, dejando la pena en manos del acuerdo al que lleguen la

víctima y el ofensor. Por su parte, los impulsores de la mediación penal toman como principal punto de referencia que el bien jurídico protegido es la víctima y en la mediación penal se la toma más en consideración que en un proceso de justicia penal ordinario.

4. *Breves consideraciones sobre la justicia reparadora*

La norma jurídica es abstracta, destinada a una generalidad, y en ocasiones puede darse una resolución justa del conflicto pero sin haber entendido el conflicto real y sin resolverlo. Lo que pretende la mediación es resolver el conflicto que se ha establecido entre las dos partes enfrentadas. Implica una revolución participativa de los conflictos transformado una situación de pasividad e inhibitoria de las partes que, hasta ahora, dejaban en manos del poder público y de la Administración de justicia la resolución de sus conflictos. La resolución participativa supone una implicación directa y activa de los ciudadanos en la gestión y solución de su conflicto. Por parte de las instituciones supone también el confiar más en los ciudadanos y en cederles una pequeña parcela de soberanía. La mediación puede aplicarse a diversas áreas de trabajo (laboral, comunitario, escolar, familiar) y penal, ámbito este último al que vamos a referirnos. La reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos es lo que persigue la mediación²⁹.

Es evidente que la decisión del ofendido de aceptar una reparación sustitutiva de la pena debe referirse principalmente a aquellos ilícitos de mediana entidad y que sólo lesionan derechos e intereses disponibles de su titular, y por ello, dejados por el orden jurídico en el ámbito de la

²⁹ Fue C. Roxin quien propuso la introducción de la reparación como una tercera consecuencia jurídica del delito, junto con las penas y las medidas de seguridad. Se perfila así la reparación como una tercera vía de sanción.

En Europa, a partir de 1977 comienzan a implantarse distintos programas en países tales como Inglaterra, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria y Francia, entre otros. La Recomendación núm. (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la mediación en materia penal, apunta que ésta «debería ser posible en todas las fases del procedimiento de justicia penal». La Decisión marco del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, supone un paso más en esta dirección. Según se dispone en el art.10, los Estados miembros «procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida».

autonomía de su voluntad. En cambio, los delitos graves impiden que la sociedad considere el esfuerzo del autor por reparar el daño como «suficiente para el restablecimiento de la paz jurídica». Esta solución no punitiva tendrá también un efecto de prevención. Hay también quienes critican esta visión «penal» de la reparación, pues apuntan una excesiva ingerencia estatal en el conflicto, que podría contradecir el interés reparatorio de la víctima (Vg. que al tribunal de parezca insuficiente para la satisfacción de aquellos fines de la pena, la reparación aceptada por la víctima).

La mediación penal se ejercita principalmente en la justicia de menores. Hasta finales del siglo XIX, la delincuencia infantil y juvenil venía teniendo prácticamente el mismo trato que la de adultos, sin que apenas hubiera diferencia ni en los tratamientos ni en las sanciones. Primaba el modelo «punitivo o penitenciario» que consideraba a los niños como «adultos en pequeño». Los menores eran sometidos a las mismas reglas que los adultos y apenas se les concedía una atenuación de las penas. Con el positivismo, el objetivo de la justicia penal se traslada del delito al delincuente, prestando más importancia a las conductas que a los hechos concretos que violaban la norma penal. En esta situación, ya no se trataba tanto de controlar y juzgar a las personas por sus hechos sino por sus propias características. El delito se convierte en un síntoma de desviación y de peligrosidad, lo cual legitima el control del mismo³⁰. Estos modelos fueron sustituidos por el «modelo de protección» impulsados por movimientos filantrópicos americanos y europeos, que consideraban al menor como una víctima a la que había que proteger, considerando merecedores de protección todas aquellas situaciones denominadas «irregulares»: menores en situación de riesgo, abandonados. Alrededor de los años veinte surgen nuevos profesionales relacionados con esta función (psiquiatras, asistentes sociales).

En los años ochenta y noventa se producen mayores cambios, impulsados por los nuevos instrumentos supranacionales relativos a la justicia de menores y las recomendaciones y convenios que, en materia de menores y de justicia juvenil, promueven el Consejo de Europa y las Nacio-

³⁰ Quienes defendían un derecho penal garantista criticaron este sistema por considerar que no respetaba los principios básicos del derecho penal ni las garantías (Cfr. Dapena Méndez, José (2003): «La mediación y la reparación en el ámbito de la justicia juvenil», en A. Poyatos García coord., *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Valencia: Universitat de Valencia y Nau Llibres, pp. 213-245).

nes Unidas. Se fomenta la aplicación de los principios de intervención mínima, oportunidad y subsidiariedad, potenciando la desjudicialización y la derivación, mediante la aplicación de formas de reacción informal en el marco de la comunidad. También se desarrollan programas extrajudiciales de reparación y mediación. Estas reformas parten de una concepción de la infancia promovida por la Declaración de los Derechos del Niño de forma que los menores dejan de ser víctimas inocentes necesitadas de protección para convertirse en «sujetos titulares de derechos»³¹. En España, los cambios realizados en Europa se incorporaron de forma tardía y lenta hasta llegar a las recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, en las cuales se ha inspirado también la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor en España³², modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006.

Como única solución a la norma violada, el sistema de justicia ha respondido al delincuente con el castigo, alejando a éste y al Estado de las consecuencias que la acción delictiva tenía para la víctima. La vícti-

³¹ Vázquez González, Carlos y M.ª Dolores Serrano Tárraga edtr., (2005): *Derecho penal juvenil*. Madrid: Dykinson, pp. 103 ss.

³² En cuanto a la legislación, la justicia de menores hasta 1992, tuvo como principios rectores el positivismo y el correccionalismo que informaba la Ley de Tribunales Tutelares de Menores —TT.MM.— de 1948, prácticamente una reproducción de la Ley de Tribunales para Niños de 1918. El 14 de febrero de 1991 el Tribunal Constitucional, mediante sentencia declara inconstitucional el artículo 15 de la Ley TT.MM., por lo que se publica con carácter de reforma urgente la Ley 4/92 de 5 de junio, sobre la reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de menores. Esta Ley 4/92 ha tenido la virtud de haber servido de transición entre el modelo positivista que inspiraba la ley de 1948 y un modelo garantista, responsabilizador y sancionador educativo.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña establece en su artículo 9.28 que la Generalitat de Catalunya tiene competencia exclusiva en las «instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando en todo caso la legislación civil, penal y penitenciaria». El País Vasco, Andalucía y de alguna forma, también Valencia, lo contemplan de esta forma. En el resto de las Comunidades Autónomas se encuentra recogido en un sentido amplio bajo conceptos como bienestar social u otros.

La Dirección General de Justicia Juvenil del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, —aprovechando que Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma que asumió la transferencia de las competencias de justicia— inició el 1 de mayo de 1990 la aplicación de programas de conciliación y reparación como formas de respuesta penal a los menores responsables de determinados delitos y faltas. Fue una experiencia pionera y se adelantaron a lo que más tarde recogería la Ley 4/1992 (en su artículo segundo, dos, 6.º, recogía la reparación extrajudicial) y la Ley 5/2000.

ma se convertía así en una parte olvidada en este tipo de conflictos penales y, en el caso de las víctimas en el ámbito de la justicia juvenil, el olvido era aún mayor. Como consecuencia del delito, además del daño económico, social, psicológico y físico a la víctima, también se producía un impacto emocional que, muchas veces, se agravaba al entrar en contacto con el sistema de justicia penal. La víctima en numerosas ocasiones desconoce sus derechos, se encuentra sin asistencia, a lo que si se añade el estrés que conlleva un proceso, se producía una victimización secundaria, que venía a agravar las consecuencias del delito. Es a partir de los años sesenta cuando los movimientos por los derechos de la víctima empiezan a cobrar fuerza, aumentando la sensibilidad social por la víctima, potenciando sus derechos, implantándose programas de asistencia y promoviendo la reparación del daño.

El grupo de expertos de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia penal de las Naciones Unidas lleva desde 2002 trabajando para intentar definir unas bases generales de la justicia restaurativa. Por justicia restaurativa entienden todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general, con la ayuda de un mediador o facilitador. Este proceso tiene por finalidad la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, orientados a entender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y lograr la reintegración de la víctima y el delincuente. Consideran que los procesos restaurativos pueden iniciarse en cualquier fase del procedimiento penal y solamente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente. Se entiende que el delito es, en gran medida, la expresión del daño producido y de un conflicto y, por consiguiente, sin dejar de considerar éste como un asunto público, el sistema de justicia penal puede tomar en consideración la solución que al mismo le da la víctima y el infractor³³.

En algunos países, en el área penal se están buscando nuevas formas de hacer realidad una justicia penal que no sea utilizando meramente la sanción negativa (la pena o el castigo), característica del Derecho. Las experiencias de los programas de mediación en el ámbito penal son muy diversas, tanto en sus objetivos como en su contenido y formas de

³³ Cfr. Dapena Méndez, J., *op. cit.*, pp. 218-219.

implementación e, incluso, en la propia denominación: reparación a la víctima, conciliación víctima-ofensor, reconciliación, mediación, reparación u otras. En Europa se usa generalmente el término mediación, complementado por el de reparación para referirse al resultado pretendido por la mediación. En el ámbito internacional se utiliza más la expresión justicia reparadora, traducción de la expresión inglesa *restorative justice*³⁴.

Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, respetando siempre lo que cada legislación nacional disponga. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando haya pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos

³⁴ Optamos por la expresión «justicia reparadora» y no por la de «justicia restaurativa» puesto que expresa mejor la idea de reparación que se pretende obtener con la misma (Vid., Varona Martínez (1998): *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Granada, pp. 1 y 355; también, Roig Torres, M.: (2000): *La reparación del daño causado por el delito*, Valencia, p. 453); Efectivamente, en otras lenguas se utiliza la expresión «justice réparatrice» o «giustizia riparativa» (Vid., por ejemplo, el número monográfico de la *Revista Criminologie*, n.º 32 (1999): *La justice réparatrice*; también, Ceretti, A. (1998): «Mediazione: una ricognizione filosofica», en Picotti, L. coord., *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, p. 46 —donde utiliza la expresión «giustizia riparativa» tratando de establecer las diferencias con la mediación—; también, Merzagora Betsos, I. (1998): «Ampiezza, andamento, tipologie della delinquenza minorile e giustizia riparativa», en L. Picotti, cit., pp. 165 ss).

La normativa internacional que apoya esta aplicación de la mediación al ámbito penal es amplia. Nos limitamos a destacar algunas iniciativas que han provenido tanto desde el Consejo de Europa (Recomendación R (85) 11, que considera que la función básica de la justicia penal debería responder a las necesidades de la víctima; Recomendación R (87) 21, sobre la asistencia a las víctimas y prevención de la victimización); Recomendación R (99) 19 sobre la mediación en materia penal; Recomendación R (2006) 8 sobre asistencia a las víctimas de delitos, que destaca los beneficios de la mediación); como desde la Unión Europea (Decisión Marco 2001/220 JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001), relativa al Estatuto de la víctima en el marco del proceso penal, de carácter obligatorio, que contiene diversas disposiciones relativas a la mediación víctima-ofensor; y por último, también en el ámbito de las Naciones Unidas, Resolución 1999/26, de 28 de julio de 1999, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal; Resolución 2000/14, de 7 de julio de 2000, sobre la utilización de programas de justicia retributiva.

de forma voluntaria y solo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas³⁵. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se admitirá como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las

³⁵ La gestión del proceso de mediación está compuesto por una serie de fases, unos principios básicos y unas reglas específicas. En las estrategias que se deben seguir tiene gran importancia para el mediador las informaciones previas sobre la naturaleza del conflicto, la personalidad y características de las partes. En cuanto al momento y forma de derivación las posibilidades son diversas: derivación de la policía, del ministerio fiscal, del juez, selección conjunta de casos entre el mediador y el fiscal u otros.

En cuanto a las fases, hay una fase previa de relación directa e individual del mediador con cada una de las partes. Son reuniones con finalidad informativa sobre el proceso judicial, de reflexión sobre el conflicto y sobre la posibilidad de un proceso de mediación. El mediador escucha a las partes, inicia la creación de condiciones para el diálogo y el encuentro entre las partes. Cuando la víctima y el infractor han sido escuchados por el mediador y han expuesto sus razonamientos y circunstancias, se encuentran menos a la defensiva y más dispuestos a escuchar a la otra parte. El mediador hace aquí una intermediación indirecta orientada a favorecer el encuentro entre las partes. En ese encuentro, el mediador se presenta de nuevo a las partes y las presenta a ellas entre sí. Define el motivo general del encuentro, el interés mutuo de éstas por afrontar el diálogo y la consecución de acuerdos. Expone las reglas del juego e informa del rol del mediador.

En los encuentros, las dos partes plantean sus razones, circunstancias, valores, intereses y emociones y cada parte debe hacer un esfuerzo por entender a la otra y «ponerse» en el lugar del otro. Es el momento de la gestión del conflicto. En la mediación, la finalidad no es tanto la solución del conflicto como la gestión del conflicto. Si es posible, a lo largo de estos encuentros llegarán a acuerdos, aceptados por ambas partes, y que den solución al problema. A lo largo de los encuentros se podrán producir cambios significativos en las actitudes de las partes, pudiendo pasar de posiciones enfrentadas a actitudes de comprensión. La función del mediador es la de conducir el proceso, ayudar a las partes a establecer un diálogo y comunicación. La solución del conflicto entre las partes y los acuerdos libremente asumidos a lo largo de los encuentros y suscritos formalmente en un documento, se trasladarán a la instancia judicial.

Los resultados de los acuerdos que deriven de programas de justicia restaurativa cuando proceda, deberán ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Cuando suceda así los resultados tendrán la misma categoría que cualquier otra decisión o sentencia judicial y deberán excluir la posibilidad de enjuiciamiento por los mismos hechos. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber llegado a un acuerdo no podrá ser invocado en posteriores procedimientos de justicia penal.

partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

La reparación, poco utilizada en el sistema penal de adultos, se considera sin embargo, adecuada para las infracciones cometidas por menores. El 13 de enero de 2001 entró en vigor en España la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor. Esta Ley Orgánica regula de forma amplia los aspectos sustantivos, procesales y de ejecución en materia de justicia penal juvenil³⁶. Como establece la Exposición de Motivos, la Ley 5/2000 se basa en los siguientes principios generales: a) Reconoce la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, en el procedimiento y en las medidas aplicables a los menores infractores; b) Reconoce, de forma expresa, todos los derechos y garantías penales y procesales derivados del respeto a los derechos constitucionales y de las exigencias de interés del menor; c) Establece diversos tramos de edad (14-15 años y 16-17 años) a efectos procesales y sancionadores y un amplio catálogo de medidas, a fin de facilitar la adecuación de estas a las circunstancias individuales de cada caso.

La atención especial a la *reparación* del daño causado y a la *conciliación* con la víctima se refleja ya en la Exposición de Motivos³⁷. La Ley considera, acertadamente, que en el derecho penal de menores ha

³⁶ El número de menores de edad que en España son condenados cada año por haber cometido algún delito ha aumentado desde 2003, alcanzando un total de 13.417 condenas en 2005, siendo Andalucía, con 12.021, la Comunidad Autónoma que mayor número de sentencias registra, seguida de Comunidad valenciana (9.370), Cataluña (8.329) y Madrid (5.319). El Ministerio de Justicia ha contabilizado un total de 30.827 menores condenados en el periodo 2003-2005, pasando de 17.782 en el 2003 a más de 13.000 dos años después.

No obstante, dichas cifras no contemplan que un menor haya delinquirido en más de un año o cometido más de un delito. De hecho, el número de sentencias comunicadas al Registro Central de Sentencias Firmes de Menores del 2003 al 2005 es de un total de 58.071, lo que supone dos sentencias de media por menor condenado.

En cuanto al tipo de delito que cometen los menores, destaca la incurrancia en robos, con más de 9.000 de media entre 2003 y 2005, seguido de falta de lesiones.

Ante estos casos, las medidas más habituales impuestas son la libertad vigilada (6.739 menores), la prestación de servicios en beneficio de la comunidad (5.913), el internamiento semiabierto (2.874), la amonestación (1.378) o la permanencia de fin de semana, que se aplicó a 1.332 menores (Diario *El Mundo* —05.11.2006— p. 23).

³⁷ «Un interés particular reviste en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que,

de primar el supremo interés del menor, tanto en el procedimiento como en la aplicación de las medidas. Para ello, reconoce como preceptivo el asesoramiento del equipo técnico, a efectos de conocer las circunstancias personales del menor y tenerlo en cuenta en el procedimiento y en la resolución judicial. Pero simultáneamente, considera que no debe olvidarse tampoco el interés de la víctima del hecho delictivo producido por el menor. De ahí que regule un procedimiento singular con el fin de posibilitar la participación del perjudicado, dotando al juez de menores de las facultades para resolver acerca del resarcimiento de daños y perjuicios. Asimismo, establece vías para que infractor y víctima puedan, en ciertos casos, resolver de forma extrajudicial el conflicto. La mediación en el ámbito penal tiene el objetivo de dar la oportunidad al infractor de ponerse en situación de poder hacer algo por reparar el daño causado a la víctima, conciliarse con esta y solucionar el conflicto.

El Ministerio Fiscal parte del principio de oportunidad: tiene la oportunidad de desistir de la continuación del expediente: a) atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor; b) de modo particular, a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos; c) si se da la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima; d) o haya sumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito; e) o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

en aras de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro. La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa» (n.º 13 de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2000). De forma un tanto confusa, invoca el principio de intervención mínima y proclama el predominio de los criterios educativos y resocializadores sobre los de defensa social y de prevención general. La conciliación y la reparación se materializan, como establece la Exposición de Motivos, en un acuerdo entre el ofensor y el perjudicado, cuyo cumplimiento por parte del menor «termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa». El texto de la Exposición de Motivos, que alude a conceptos con tintes moralistas tales como «arrepentimiento efectivo» y necesidad del «perdón» de la víctima, resulta poco coherente con el sentido de la reparación en el articulado.

El desistimiento o sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta (art.19).

La mediación se atribuye a Equipos técnicos o Autoridades en materia de Menores. Hay dos posibilidades: 1) Conciliación: el reconocimiento por parte del menor del daño causado, seguida de la aceptación de la disculpa por parte de la víctima; 2) Reparación: el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello, sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta.

El Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido o cuando uno u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor.

En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

En los casos en que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.

Sin embargo, en este procedimiento de mediación penal pueden detectarse algunos problemas: 1) En estos procesos informales pueden verse comprometidos algunos derechos y garantías procesales, destacando que en la reparación extrajudicial, realizada antes de la sentencia, se presume la culpabilidad del inculcado, conculcándose el principio de la presunción de inocencia; 2) El principio constitucional de igualdad puede verse conculcado con la reparación pues no todos los sujetos podrán ser tratados igualmente, ya que dependerá de sus posibilidades personales o materiales de reparación a la víctima; 3) En materia de prevención general, en cuanto uno de los fines de la pena, no aporta nada a la prevención general negativa, entendida esta como intimidación a los sujetos de cara a su no comisión de futuros delitos; y, respecto a la prevención general positiva, la reparación aparece como muy limitada en relación al objetivo de conseguir el establecimiento de una paz jurídica en la sociedad, dado que la satisfacción de la víctima no significa la satis-

facción de la sociedad; 4) También el cómo afecte la reparación o la conciliación al derecho del autor a la presunción de inocencia; 5) El que por parte del ofensor se acepte la reparación o la conciliación sea con el único objetivo de conseguir una pena atenuada o un beneficio de la pena.

El proceso se inicia por resolución del juez de menores, a propuesta del Ministerio Fiscal o del abogado del menor y oído el representante del equipo técnico y el de la entidad pública que ejecuta la medida. Nada impide que el representante del equipo técnico o de la entidad pública tenga la iniciativa, por el conocimiento que tienen del menor, de sus circunstancias y valorando el interés del mismo y de la víctima, de elevar una propuesta de conciliación al juez. Por ejemplo, la Consejería de Familia de la Comunidad Autónoma (como Autoridad competente en la materia) puede informar sobre los acuerdos alcanzados y sobre el cumplimiento.

Como ya hemos apuntado, la Ley establece dos posibilidades: 1) Reparación *antes* de la sentencia, al inicio del procedimiento (art.19), de forma que el Ministerio Fiscal, basándose en la aplicación del principio de oportunidad, pueda promover el desistimiento del procedimiento y proponer al juez el sobreseimiento; 2) Reparación *después* de la audiencia y de la sentencia (art.51.2), durante la ejecución de la medida, como fórmula para dejarla sin efecto. La Mediación tiene más sentido *antes* del juicio, para ver la intención del autor. Tiene menos sentido durante el juicio. El autor admite los hechos, se llega a un acuerdo con víctima y no tiene el resultado de la acción penal sino la atenuación de la pena.

Las ventajas pueden ser:

- 1) Para el menor infractor: a) Derivadas de evitar medidas que puedan tener costes negativos para el mismo; b) Se favorece su responsabilización por el hecho cometido, al haber podido constatar las consecuencias negativas de su conducta mediante el conocimiento de la víctima, contrarrestando las actitudes de neutralización o negación de la víctima favorecedoras de una progresión en la trayectoria delictiva; c) La reparación permite un mayor desarrollo personal e integración del menor en la sociedad.
- 2) Para las víctimas: a) Liberarse de angustias, de miedos, se siente escuchada; b) La mediación puede contribuir a elaborar un reequilibrio emocional consecuencia de la conducta del menor que ha delinquido; c) En el ámbito del Derecho penal de jóve-

nes la justicia reparadora puede dar buenos resultados funcionando como prevención, en una línea pedagógico-educacional, retardando el contacto con las vías represivas del Derecho penal e intentando aproximarse a las teorías resocializadoras.

- 3) Para el sistema penal: a) Mejorará su imagen; b) Favorecerá la economía procesal; c) Ayuda a la función reeducadora y resocializadora.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006³⁸. Los procedimientos de reparación y conciliación no resultan afectados pero aún así conviene destacar algunos aspectos de esta nueva Ley.

Su Exposición de Motivos se remite a la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que preveía que el Gobierno impulsará las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. Para ello se preveía la posibilidad de: a) prolongar el tiempo de internamiento; b) su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas; c) posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.

Transcurridos cinco años desde su aprobación, el Gobierno ha realizado una evaluación de los resultados de aplicación de la Ley Orgá-

³⁸ Esta nueva Ley Orgánica ha pretendido endurecer a grandes rasgos el tratamiento penal de los menores delincuentes con el objetivo de frenar el incremento acelerado de la delincuencia juvenil y de sus manifestaciones específicas, como las bandas de adolescentes y la violencia escolar. Se ha optado por excluir de su ámbito de aplicación los jóvenes entre dieciocho y veintiún años, pues desde la mayoría de edad la persona goza de plena capacidad de obrar. Con todo, la nueva Ley deja en el aire algunos problemas como por ejemplo, la presencia de las víctimas en la tramitación del procedimiento y la ejecución de las medidas judiciales está regulada con criterios restrictivos. Faltan propuestas eficaces sobre labores preventivas de educación y socialización. También, en algunos casos, las sanciones son demasiado benévolas, creando así una sensación de impunidad que podría llevar a la idea de que sale muy barato cometer un delito. Ello, en cierta manera, supondría una invitación a la reincidencia y un fracaso del principio de prevención, característico de la norma penal. Además, hubiera sido conveniente mayor precisión en cuanto a la financiación de una Ley que exige un fuerte desembolso del Estado y de las Comunidades Autónomas.

nica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. El balance es positivo pero en su aplicación presenta algunas disfunciones que es conveniente y posible corregir. Las estadísticas apuntan a un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado una gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social.

Con el objetivo de resolver estos problemas, esta Ley Orgánica plantea la revisión de determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. El interés superior del menor resulta perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta³⁹.

³⁹ 1) Se amplían los supuestos en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado a los menores, añadiendo al ya existente los casos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades; 2) se adecua el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, y se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años; 3) prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez; 4) Se faculta al juez para poder acordar, previa audiencia del Ministerio Fiscal y la entidad pública de protección o reforma de menores, que el menor que estuviese cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y alcanzase la edad de dieciocho años, pueda terminar de cumplir la medida en un centro penitenciario cuando su conducta no responda a los objetivos propuestos en la sentencia. Al mismo tiempo, si la medida de internamiento en régimen cerrado se impone al que ha cumplido veintiún años o, impuesta con anterioridad, no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el juez ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario, salvo que excepcionalmente proceda la sustitución o modificación de la medida; 5) Se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez. Al mismo tiempo, se amplía la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa de tres meses, prorrogable por otros tres meses, a seis meses prorro-

En cuanto a las modificaciones que afectan a la reparación y a la conciliación (anteriores artículos 18 y 19), se redactan así: a) Artículo 14: (el párrafo 1.º artículo 18 tendrá la siguiente redacción): «El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el art. 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado»; b) Artículo 15: (El apartado 2 del artículo 19 tendrá la siguiente redacción): «A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la *conciliación* cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por *reparación* el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil».

En cuanto al futuro de la mediación penal, hay que destacar la existencia de un Borrador de Ley de Mediación Penal de ámbito nacional que parte de entonar el *mea culpa* por no haber cumplido la Directiva Comunitaria del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001 que daba

gable por otros tres meses; 6) Se revisa el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas, otorgándose al juez amplias facultades para individualizar la o las medidas que deba cumplir el menor infractor; 7) Se refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, entre los que se encuentra el derecho a ser informado en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses. Asimismo, y en su beneficio, se establece el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles. Un segundo objetivo de la Ley es recoger en el proceso de menores las nuevas misiones del secretario judicial previstas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003. Por último, se incluye una modificación de los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se sustituye el último párrafo, a fin de dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos, donde se prevé que cuando se trate de testigos menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el Juez o Tribunal necesariamente debe acordar que se evite la confrontación visual del mismo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas (declaración, interrogatorio).

de plazo hasta el 22 de marzo de 2006 para dar cumplimiento a la Disposición de promulgar una Ley de mediación penal. Sería deseable hacer coincidir la entrada en vigor de una nueva Ley Procesal penal con esta Ley de Mediación penal, de manera que queden claras las funciones del Fiscal. Sino, habría que adaptarlo. Se contempla la posibilidad de recurrir a la mediación en las diversas fases del proceso penal: Instrucción, Juicio oral o Fase final. Se subraya que debe evitarse la mediación en supuestos de delitos en sujeto pasivo o colectividad o intereses difusos.

5. *La mediación penal: ¿complemento al sistema de justicia tradicional?*

La reparación nace del movimiento a favor de la víctima y de la recuperación de su papel en el proceso penal. El moderno Derecho Penal, presidido por las funciones de prevención general y de control social y no por una finalidad compensadora de los males inflingidos a la víctima, había dejado a la víctima como una mera «convidada de piedra». La reparación implica invertir los términos y situar a la víctima en un primer plano. Pero resulta necesario precisar que la reparación cumple no sólo una función individual del ofensor con respecto a la víctima sino también una misión pacificadora propia del Derecho Penal. Un Derecho Penal orientado a la reparación es fundamentalmente un Derecho Penal de la resocialización.

Los principios de justicia restauradora y responsabilidad criminal sobre los que se asientan los programas de reconciliación víctima/ofensor —VOPR— y la mediación penal representan una salida significativa de las filosofías disuasorias del castigo que han guiado tradicionalmente nuestras sanciones criminales. En lugar de confiar en las normas universales y eternas de lo bueno y de lo malo, la justicia restauradora está más cerca del concepto contextual, relacional. Los programas de justicia restaurativa representan un movimiento alejado de las reglas categóricas y uniformes de imparcialidad hacia una noción de justicia enmarcada en el contexto de un diálogo personal entre la víctima y el ofensor.

En cierto modo, el sistema penal de menores se ha convertido en un campo de experimentación de nuevas prácticas criminológicas y político-criminales. La utilización de programas de mediación extrajudicial presenta sus ventajas e inconvenientes. Como ventajas con respecto al

sistema de justicia criminal ordinario se pueden apuntar las mayores garantías de éxito de la mediación en los imputados menores de edad e incluso una mayor disposición de las víctimas y de la sociedad a aceptar una conciliación ante la delincuencia juvenil en comparación con la de los adultos. Ello deriva de la menor rigidez del proceso y su mayor tendencia a soluciones menos formales.

Sin embargo hay críticas por parte de aquellos que conciben la reparación como un sistema por el que los delincuentes se sustraen a la justicia penal tradicional⁴⁰. En este sentido, por ejemplo, el modelo español está orientado a evitar que los jóvenes entren en la justicia penal, como también sucede en otros países europeos. En realidad, la cuestión principal es que la reparación en muchos países solamente está contemplada en la legislación de menores y se la concibe principalmente como una medida educativa más que como una medida reparadora. No cabe duda de que la mediación puede operar como un medio de contención de las medidas privativas de libertad. Pero todavía no hay suficientes datos para afirmar, con rotundidad, que una intervención moderada en una fase temprana evita la posterior recaída en el delito y la consiguiente necesidad de una posterior intervención más contundente. En el fondo, estamos asistiendo a una perversidad del sistema, es decir, hemos de acudir a formas extrajudiciales de mediación para que retornen a la sociedad civil aquellos conflictos que nunca deberían haber entrado en el sistema judicial.

La reparación, esta nueva tercera vía, no puede reducirse a una simple cuestión de indemnización civil, ni tampoco a una mera justicia penal negociada entre particulares, como si quisiera sustituir el inderogable principio del monopolio estatal de la coacción. La reparación pretende ser un modelo intermedio o complementario a la pena criminal tradicional, al que se adjudica el cumplimiento de finalidades análogas a las que pretende cumplir la pena y que aspira a configurarse como un instrumento más del *ius puniendi* para la prevención del delito. Cierto es que repa-

⁴⁰ Frente a las ventajas que la mediación puede tener en el ámbito penal, también se encuentran opiniones manifestando ciertas objeciones, al advertir que permite la negociación sobre derechos que no pueden ser negociados por su carácter de indisponibles, así como que supone una «desjudicialización» del derecho. La aplicación del *ius puniendi* del Estado no puede subordinarse a unos fines todavía poco claros, que acaban convirtiendo la indudable naturaleza jurídico pública de la justicia penal en un mecanismo al servicio de intereses particulares de las partes en conflicto, dejando de lado el interés colectivo por sancionar al culpable.

ración del daño y la pena se distancian claramente en el plano ontológico y axiológico.

Las ventajas de las respuestas de carácter reparador para el menor infractor son claras: junto a las derivadas de evitar medidas que puedan tener costes negativos para el mismo, se favorece su responsabilización por el hecho cometido, al haber podido constatar las consecuencias negativas de su conducta mediante el conocimiento de la víctima, contrarrestando las actitudes de neutralización o negación de la víctima favorecedoras de una progresión en la trayectoria delictiva. La reparación permite un mayor desarrollo personal e integración del menor en la sociedad. Las ventajas para las víctimas también son obvias, pues en numerosas ocasiones son también menores de edad y corren el riesgo de ser doblemente víctimas por el hecho de haber sido victimizadas por alguien que goza de una especial protección del sistema. Además, la mediación puede contribuir a elaborar un reequilibrio emocional consecuencia de la conducta del menor que ha delinquido.

Se hace necesario construir una ciudadanía autónoma, protagonista, libre de ataduras de épocas pasadas, libres y responsables de las consecuencias de nuestras acciones. Esta tarea implica reflexionar sobre uno de los instrumentos que ha utilizado el Derecho para hacer justicia, el castigo. Si analizamos a fondo el sentido de la Justicia, veremos que no existe forzosamente el objetivo del castigo ni de culpabilizar, sino de procurar resolver los conflictos y que, en todo caso, la víctima reciba una compensación justa por los perjuicios que se le hayan podido causar. Sabemos que expropiar al Estado de la facultad de castigar es una propuesta arriesgada. Las formas complementarias de resolución de conflictos, como la mediación, aplicada al ámbito penal, no pretenden sustituir, ni prescindir ni arrebatar ningún cometido, sino simplemente reafirmarlos, mejorarlos y perfeccionarlos⁴¹.

⁴¹ Lamentablemente, la posibilidad de utilizar la mediación para los casos de menores infractores, que contempla la Ley 1/2005, y que continúa impulsando la Ley 8/2006, de 4 de diciembre, no ha sido suficientemente aprovechada.

Entre los días 29 y 30 de octubre de 2007 se ha celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos el I Congreso de Mediación Penal en Castilla y León, «El complemento al sistema de Justicia tradicional», donde se ha dedicado especial atención a las diferentes experiencias en mediación penal. Ha resultado de gran interés conocer las experiencias de Rehabilitación y Justicia Juvenil del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, comentar el Programa de Mediación Penal Comunitaria de la Comunidad de Madrid, reflexionar sobre la aplicación de la mediación penal aplicada a los conflictos con menores en Sevilla y otras tantas experiencias.

Bibliografía

- AA. VV. *Revista Criminologie*, n.º 32 (1999): La justice riparatrice.
- AA. VV. *Revista Estudios de Derecho Judicial* (2006), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- ALAUSTEY DOBÓN, M.^a C. (2000): *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia.
- ARMELLINI, Salvatore (1976): *Ensaio sobre a premialidade do Direito na Idade Moderna*, Roma: Bulzoni.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria (1999): «Filosofía de la pena: entre el Derecho y la moral», *Persona y Derecho* 41, Vol. II. Estudios en Homenaje al Prof. J. Hervada. Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, pp. 527-578.
- (2006): «Justicia y mediación penal: la responsabilidad de las Políticas Públicas», en Marli Marlene Moraes da Costa coord., *Direito, Cidadania e Políticas Públicas*, Porto Alegre, Imprensa Livre, pp. 133-172.
- (2006): «La mediación penal», en N. Belloso Martín coord., *Estudios sobre Mediación familiar: la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 293-319.
- BENAVIDES FILHO, Mauricio (1999): *A sanção premial no Direito*, Brasília: Brasília Jurídica.
- BENTHAM, Jeremias (1821): *Tratados de Legislación penal y civil*, Madrid: Villalpando, t.I, pp. 66-95 y t.IV, pp. 311-314.
- BETEGÓN, Jerónimo (1992): *La justificación del castigo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BOBBIO, Norberto (1980): «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas», en A. Ruiz Miguel edtr., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Torres, pp. 263-287.

Actualmente, se están desarrollando diversos Programas de Mediación penal y reparación del daño en nuestros Tribunales, como en el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Pamplona, Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid, Juzgados de Instrucción 32 y 47 de Madrid y algunos otros de Málaga, Palma de Mallorca, Barcelona y Sevilla. Posiblemente habrá otras experiencias de las que aún no tenemos noticia.

Recomendamos la lectura del número 111 de la *Revista Estudios de Derecho Judicial* (2006), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, en el que, junto con unos estudios sobre mediación civil y casos en relación a la mediación familiar, se relatan diversas experiencias de reparación y conciliación llevadas a cabo en diversos Juzgados españoles e incluso, un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales de la mediación en el Derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento.

- BUENO ARÚS, Francisco (1992): «L'atenció a la víctima», *Papers d'Estudis i Formació* 8.
- BUSTO RAMÍREZ, J. (1987): *Control social y sistema penal*, Barcelona: PPU.
- CASPERATA, José Ignacio (2000): «Prevención y castigo del delito y seguridad ciudadana», en J.I. Casperata Nores edtr., *Justicia penal y seguridad ciudadana*, Córdoba: Editorial Mediterránea, pp. 19-46.
- CASCAJO CASTRO, José Luis (1996): «Los fines de la pena en el orden constitucional», en A.E. Pérez Luño coord., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid: Marcial Pons.
- CATTANEO, Mario A. (1978): «Fondamenti filosofici della sanzione penale», en Rinaldo Orecchia coord., *Problemi della sanzione. Società e diritto in Marx*. Atti del XII Congresso Nazionale (Ferra, 2-5 ottobre 1978), Roma: Bulzoni Editore.
- (1990): *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino: Giappichelli Editore.
- CERETTI, A. (1998): «Mediación: una ricognizione filosofica», en L. Picotti coord., *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, p. 46
- CID, J., E. Larrauri y otros (1997): *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona: Bosch.
- COPELLO, Miguel Angel (1945): *La sanción y el premio en el Derecho*, Buenos Aires: Losada.
- D'AGOSTINO, Francesco (1995): *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*, 4.^a ed., aumentada, Torino: Giappichelli.
- DAPENA MÉNDEZ, José (1999): *Delincuencia y control social*. Primera Jornada de Psicología en el ámbito judicial. Barcelona.
- (2001): «Mediación y reparación», *Mediación penal de menores*. Barcelona: Atelier, pp. 211-232.
- (2003): «La mediación y la reparación en el ámbito de la justicia juvenil», en Ana M.^a Poyatos García coord., *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Valencia: Universitat de Valencia y Nau Llibres.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2006): «Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo», en M.^a José Bernuz Beneitez y Ana Isabel Pérez Cepeda coord., *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Logroño: Universidad de la Rioja, pp. 107-120.
- FERRARI, Vincenzo (1989): *Funciones del Derecho*, Madrid: Debate.
- DRAGONETTI, Giacinto (1767): *Traité des versus et des récompenses*, Paris: Jean Gravier, trad., R. Salas, (1836): *Tratado de las virtudes y de los premios*, Madrid: Villamil.
- FACCHI, Alexandra (1994): *Diritto e ricompense*, Torino.
- FOUCAULT, Michel (1979 ed. española): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. Aurelio Garzón del Camino, Madrid, Siglo XXI.
- FUNES ARTEAGA, J. (dir.) (1994): *Mediació i justícia juvenil*, Barcelona.

- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. (1996): «La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado», *Cuadernos del IV Crim.*, 10, p. 207.
- JAKOBS, Günter (1992): «El principio de culpabilidad», trad. C. Mella, *ADPCP*
- JIMÉNEZ, Salvador (1995): «La mediación penal en pret comparat», *Justiforum* 4, pp. 9-26.
- (1999): *La mediación penal*, Barcelona: CEJFE.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, «La recompensa como prevención general, El derecho premial», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t.125, pp. 5-32 y pp. 353-394.
- HART, Herbert L.A. (1968): *Punishment and Responsibility* (inicialmente publicado en 1959-60), Oxford: Clarendon Press, trad. Jerónimo Betegón (1990): «Introducción a los principios de la pena», en J. Betegón y J.R. del Páramo compil., *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos*, Barcelona: Ariel.
- (1980): *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Madrid: Editora Nacional.
- KELSEN, Hans (1995): *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. E. García Maynez, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 60.
- MARSHALL, T. (1996): La mediación i la justicia penal: l'experiència del Regne Unit». *Justiforum*, 6.
- (1996): «Criminal Mediation in Great Britain 1980-1996», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4, p. 37.
- MAZZUCATO, C. (2002): «Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee-guida internazionali, en L. Ricotti e G. Spangher, *Verso una giustizia penale «conciliativa»: Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano: Giuffrè, pp. 85 ss.
- (2003): «Oltre la bilancia e la spada: alla ricerca di una giustizia della 'reliance'. Scenari giuridici per le pratiche di mediazione dei conflitti, en E. Scabini e G. Rossi, *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, Milano: Vita e Pensiero, p. 149 s.
- (2004): «Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale», *Ars Interpretandi, Mediazione ed ermeneutica*, Padova: Cedam, vol. 9, pp. 165-193.
- (2004): «Il diritto minorile: un modello di cultura giuridica per le sfide della civiltà democratica. L'esempio della giustizia penale, en M.L. de Natale, *Pedagogistiper la giustizia*, Milano: Vita e Pensiero, pp. 165 ss.
- MERZAGORA BETSOS, I. (1998): «Ampiezza, andamento, tipologie della delinquenza minorile e giustizia riparativa», en L. Picotti coord., *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, pp. 165 ss.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2005): «El nuevo Derecho Penal autoritario: consideraciones sobre el llamado 'Derecho penal del enemigo', en G. Portilla Contreras coord., *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos*

- modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía: Akal, pp. 167-176.
- NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho*, 4.^a ed., Barcelona: Ariel.
- PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón del (1998): 'Negociar y argumentar: entre el mercado y la política', *Lección inaugural del curso académico 1998-99 de la Facultad de Derecho* de la Universidad de Castilla-La Mancha, Talavera de la Reina, 1 de octubre de 1998.
- PÉREZ SANZBERRO, G. (1999): *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, espec. pp. 268 ss.
- PETERS, T., y ARRESTEN, I. (1994): *Justicia reparadora*. Bélgica: Universidad Católica de Lovaina.
- POYATOS GARCÍA, Ana M.^a, coord., (2005): *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Valencia: Universitat de Valencia y Nau Llibres, pp. 213-245.
- RIVEIRA BEIRAS, I. (1998): «El control penal en España. Las razones que orientaron la producción normativa», en M.^a J. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas coords., Valencia: tirant lo blanch.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio (2001): *Crimen y castigo (Ensayo sobre Durkheim)*, Madrid: Civitas.
- ROIG TORRES, M : (2000): *La reparación del daño causado por el delito. (Aspectos civiles y penales)*, Valencia.
- ROXIN, C., (1976): *Problemas básicos del derecho Penal*, trad. M. Luzón Peña, Madrid: Reus, S.A.
- (1991): «La reparación en el sistema penal de sanciones», Jornadas sobre 'La reforma del Derecho Penal en Alemania', *Cuadernos del CGPJ* 8, Madrid: CGPJ, p. 20.
- (1992): *La reparación alternativa a la pena de cárcel*, Seminario Hispano-Alemán de Derecho penal, Universidad de Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, José María (1997): «Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación», *Poder Judicial* 45.
- Tamarit Sumalla, José María (1994): *La reparación a la víctima en el Derecho penal*, Barcelona.
- (2002): «La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor», *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, en González Cussac, J. L. y J. M.^a Tamarit Sumilla y J.J. Gómez Colomer coords., Valencia: tirant lo blanch, p. 50.
- TEI, Francesca (2000): «La mediazione in ambito penale minorile: sviluppo e prospettive a risonanza sociale», *Affari sociali internazionali* 2, pp. 169-178.
- VARONA MARTÍNEZ, Silvia (1998): *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Granada, pp. 1 y 355.
- VASCONCELOS, Arnaldo (2001): *Direito e força. Uma visão pluridimensional da coação jurídica*, São Paulo: Dialética, pp. 106-107.

- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos y M.^a Dolores Serrano Tárrega, eds., (2005): *Derecho penal juvenil*, Madrid: Dykinson, pp. 103 ss.
- VINYAMATA, Eduard (2005): *Conflictología. Curso de resolución de conflictos*, 2.^a ed., Barcelona: Ariel.
- VOIGHT, Rüdiger (1998): 'En defensa de la conducción cooperativa', en Roberto Bergalli edtr., *Contradicciones entre Derecho y control social*, Barcelona: Bosch, pp. 37-54.
- WOOLPERT, Stephen (1996): «Los programas de reconciliación víctima-ofensor», en K. Grover Duffy, J.W. Grosch y P.V. Olczak, *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, trad. M.^a A. Garoz, Barcelona: Paidós Ibérica, pp. 325-349.
- WELZEL, Hans (1951): *La teoría de la acción finalista*, trad. Fontán Palestra y Friker, Buenos Aires: Depalma.

