

Mediación penal y penitenciaria: propuestas para el futuro

Ángel Luis Ortiz González

*Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
nº 1 de Madrid*

Sumario

El autor parte de la combinación de variantes, la tasa de criminalidad y la de encarcelamiento, para descubrir que existen varias posibilidades de Mediación penal. El estudio está hecho desde el punto de vista jurídico y desde las experiencias de varios profesionales durante los últimos años. Desde aquí, llega a la conclusión de que “la mediación reparadora puede contribuir a dar una respuesta más adecuada ante la situación de violencia que supone todo delito en este campo”. En este sentido, no olvida la contemplación de la mediación en las tres fases del proceso penal: instrucción, enjuiciamiento y ejecución.

Según este estudio, de llegar a admitirse esta clase de mediación, se produciría un avance cualitativo importante respecto de las experiencias prácticas que actualmente se realizan en prisión, las cuales se reducen a mediar entre aquellos internos que por motivos tratamentales, regimentales o disciplinarios, han sido calificados por el Centro Penitenciario como incompatibles. Además, la utilización de esa forma de mediación supondría el introducir un elemento pacificador en la relación continua que mantiene el interno y la Administración penitenciaria, ya que en muchos casos esa relación esta presidida por una constante confrontación.

Palabras clave: mediación penal, reparadora, elemento pacificador, confrontación.

Summary

Penitential and criminal mediation: Proposals for the future

The author starts from the combination of variables, crime rate, and imprisonment rate in order to discover that several penal mediation possibilities exist. This study is over from a legal point of view and from the experiences of many professionals the last few years. From here, the author reaches the conclusion that "the restablisment mediation can contribute to give a more adequate answer with regard to of the violence, situation which suposes all crime in this area". In that sense, he doesn't forget the contemplation of mediation in the three stages of criminal process: instruction, judgement and ejecution.

According to this study, if this way of mediation is accepted, it would produce an important qualitative advance with respect to the experiences that nowadays take place in prision, whicare reduced to mediate among those boarders who because of treatment, regimental or disciplinary reasons, have been qualified for the Penitentiary Center as incompatible prisoners. Besides, the use of this kind of mediation would supose the introduction of a peacemaker element with regard to a continuous relationship that mantains the boarder with the Penitential Administration, as in many cases this relationship is presided at a continuous confrontation.

Key words: criminal mediation, peacemaker element, confrontation, reestablished.

Hace unas semanas un periódico de tirada nacional, publicaba un reportaje en el que se incluían los índices de criminalidad que tiene España y los relacionaba con el número de personas privadas de libertad que se encuentran en las prisiones españolas. La combinación de esas dos variables llama poderosamente la atención.

En el mes de julio de 2008, la tasa de criminalidad en España –delitos por cada mil habitantes– era de 46,6 delitos por cada 1.000 habitantes, una de las más bajas del continente europeo. En concreto en los delitos más violentos –los que implican violencia física o psíquica sobre la víctima– la tasa fue de 2,5 delitos por cada 1.000 habitantes durante el año 2007, en ese año Alemania presentaba un 2,6; Dinamarca un 3,5; Francia un 5,1; Holanda un 6,8 y Suecia un 10,8.

Por el contrario en el mes de noviembre de 2008, el número de internos en las prisiones españolas era de 73.138, lo que supone una de las tasas de encarcelamiento más altas de Europa, con 156 reclusos por cada 100.000 habitantes, España encabeza la lista de países europeos con mayor número de personas privadas de libertad. La media de la Unión Europea se sitúa en 102 reclusos. En Gran Bretaña eran 146 reclusos; en Portugal 123 reclusos; en Italia 102 reclusos y en Alemania 95 reclusos.

La conexión de esas dos variables (tasa de criminalidad y tasa de encarcelamiento) pone de manifiesto que en España, se comenten menos delitos que en los países de nuestro entorno y, sin embargo, se

encarcela a un mayor número de personas. Esa consecuencia se produce por muchas y variadas causas, entre ellas por el uso y abuso de utilizar el Código Penal y su respuesta punitiva por excelencia (la pena de prisión) para solucionar todos los conflictos (violencia doméstica o de género sin graves consecuencias, impago de pensiones, infracciones relacionadas con la seguridad vial, protección de los derechos de autor y de la propiedad intelectual etc.), incluso aquellos que admiten respuestas sancionadores alejadas de la privación de libertad.

Frente a esa realidad nuestro ordenamiento, cuando se trata de adultos, no cuenta con una alternativa que se está utilizando ya en otros países para resolver conflictos dentro del ámbito penal: la mediación reparadora. En el caso de infracciones penales cometidas por los menores, la Ley Orgánica 5/2000 establece en dos momentos diferentes, la posibilidad de aplicar la mediación. En la fase de instrucción el artículo 19 que posibilita al ministerio fiscal para desistir del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. También en la fase de ejecución, el artículo 51.3 permite al juez dejar sin efecto la medida impuesta, si se produjera la conciliación entre el menor y la víctima.

El primero de los artículos citados contempla tres variantes o posibilidades de mediación:

- La conciliación, en la que la víctima recibe una satisfacción psicológica por parte del menor infractor, el cual tiene que arrepentirse del daño causado y pedir disculpas. Cuando la actitud del menor sea la indicada, el equipo técnico pondrá en contacto al menor y a la víctima y si está acepta las disculpas y le perdona se habrá logrado la mediación.
- La reparación del daño, en este caso además de la compensación psicológica el perjudicado solicita que para conseguir el acuerdo es necesario que además se repare el daño ocasionado.
- El compromiso de actividad educativa, se produce cuando el menor se arrepiente de su conducta y quiere reparar el daño, pero la víctima no acepta esa reparación o bien pretende obtener unas pretensiones inadmisibles. En estos supuestos el equipo técnico, teniendo en cuenta el interés del menor propondrá la posibilidad de realizar una actividad educativa relacionada con la reparación del daño que el menor quiere satisfacer. Esta posibilidad se contempla de forma expresa en el artículo 5 letra f del Reglamento (Real Decreto 1774/2004), en concreto se recoge en ese precepto que se propondrá al menor la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Desde el punto de vista jurídico, el efecto que produce el alcanzar esa mediación, es el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones (art. 19-4º de la L.O. 5/2000).

El segundo de los artículos citados, es decir, el 51.3 de la citada ley, establece que en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre el menor y la víctima, es posible dejar sin efecto la medida impuesta. Para que se produzca esa situación el juez, a propuesta del ministerio fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, decide dejar sin efecto la medida, cuando lograda la mediación, estime que el tiempo que ha cumplido de la medida es suficiente reproche respecto de los hechos que cometió el menor.

El lograr que un procedimiento finalice de esta forma, supone que el menor experimente un proceso de responsabilización, en el que asume que sus actos le pertenecen y por ello tienen unas consecuencias para él y para terceros. El menor se enfrenta así con su propia conducta, al tiempo que va a poder conocer aspectos relacionados con la empatía de las víctimas, reconociéndole como persona y conociendo las consecuencias que su conducta ha producido en el otro. En la víctima todo proceso de mediación implica para ella, unos momentos de atención, escucha, reparación y desdramatización. En muchos delitos, la acción no va dirigida a una víctima concreta, por ello resulta positivo para el perjudicado ayudarle a relativizar lo sucedido.

Desde el punto de vista jurídico, uno de los problemas que se generan es determinar el alcance y consecuencias que para el menor puede tener el reconocimiento de los hechos dentro del proceso de mediación o reparación. Resulta evidente que para que finalice con éxito ese proceso, el menor debe de reconocer el hecho, las dudas jurídicas surgen cuando ese proceso de mediación no concluye con éxito y en el mismo existió un reconocimiento de culpabilidad por el menor.

Sobre esta cuestión parece adecuado efectuar dos consideraciones. Primero, el artículo 5 letra b del Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 5/2000, exige que el equipo técnico, al citar al menor debe convocar también a sus representantes legales y a su letrado defensor. En la letra c de ese mismo artículo al contemplar la posibilidad de que el menor acepte alguna de las soluciones que le propone el equipo técnico, se exige que sea con la audiencia de su letrado. Con estas previsiones normativas se evita que el menor pudiera asumir responsabilidades mayores a las que le hubieran podido corresponder en una hipotética sentencia condenatoria. En segundo lugar, debe señalarse que toda mediación es una actividad que se realiza fuera del proceso principal y de forma ajena al mismo, debido a ello las actuaciones que se produzcan en esa mediación, en modo alguno tienen que tener acceso al proceso principal. En definitiva el posible reconocimiento de hechos nunca producirá ningún efecto en el procedimiento.

La aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, en lo relativo a la mediación que se contempla en la misma ha dado lugar en los últimos años a los datos que se indican en el anterior cuadro:

	Expedientes de Reforma	Expedientes sobreseídos por mediación	Tanto por ciento sobre el total
Año 2005	30.932	4.181	13,51
Año 2004	29.399	4.004	13,61
Año 2003	27.857	3.589	12,88
Año 2002	30.445	3.829	12,53

Las experiencias llevadas a cabo durante los últimos 3 ó 4 años por diferentes profesionales, ponen de manifiesto que la mediación penal es también para los adultos un mecanismo adecuado para desde el respeto a los derechos que tienen tanto el acusado como la víctima ofrecer una respuesta que permite compensar el daño, restituir la paz, propiciar el dialogo, asumir la responsabilidad por parte del infractor y confrontar a éste con el sufrimiento de quién padeció el delito, todo ello basado sobre una ética de deliberación y comunicación.

Esas experiencias realizadas en nuestro país en los últimos años respecto de hechos delictivos cometidos por adultos han sido valoradas en un informe que elaboró el Consejo General del Poder Judicial y que se hizo público en el mes de julio de 2008. Sobre 307 casos estudiados, el 71,2% de los implicados que apostaron por dirimir sus conflictos a través de la mediación, llegaron a acuerdos de reparación. Sorprendió en ese informe el tipo de reparación que eligieron los participantes, la mayoría de ellos reclamó disculpas formales del acusado (29,4%) y sólo un 10% pidió el ser indemnizado. El tiempo para realizar esa mediación fue de 29 días de media. En un 68% se aplicó la atenuante muy cualificada de reparación del daño y en los demás casos una atenuante simple. La suspensión de la pena se otorgó en el 84,6% de los casos y en el 11,5% se sustituyó por trabajos en beneficio de la comunidad o multas.

Esos datos ponen de manifiesto que la mediación reparadora puede contribuir a dar una respuesta más adecuada ante la situación de violencia que supone todo delito, respecto de la víctima, debido a que a través de ese mecanismo se podrá buscar el resarcimiento por el daño sufrido y recuperar el sentimiento de seguridad y en cuanto al infractor porque con la mediación se apoya su resocialización y al tiempo se le hace responsable del hecho que cometió y de sus consecuencias.

El derecho penal en estos momentos crea en la opinión pública unas expectativas para solucionar los conflictos que difícilmente puede cumplir. Inicialmente tras cada reforma penal que se aprueba se tranquiliza a la sociedad, sin profundizar en un hecho trascendental: el derecho penal no se puede utilizar como un recurso de pedagogía social.

Dos ejemplos de cuanto se acaba de exponer aparecen, por un lado cuando se pretende abordar determinados conflictos dentro de la familia aplicando, casi en exclusividad, el derecho penal (artículo

227 del Código Penal –impago de prestaciones económicas a favor de cónyuges o sus hijos–). El derecho que por su naturaleza es el llamado a resolver las crisis de convivencia dentro de la pareja es el derecho civil, a él corresponde dar respuestas dentro de los plazos legales a las demandas que ante él se presentan. Las carencias que pueda presentar la ejecución civil o la jurisdicción civil en modo alguno pueden ni deben ser suplidas con el Código Penal, el acudir al mismo, supone el reconocer de alguna manera el mal funcionamiento de la justicia civil, en cuanto a que su respuesta es lenta en muchos casos e insatisfactoria al no ser capaz de ejecutar en toda su plenitud sus resoluciones.

Otro ejemplo del uso indebido de utilizar el derecho penal y sobre todo la pena privativa de libertad se observa también en la respuesta que se da desde el Código Penal a los delitos contra la propiedad intelectual (artículo 270 del Código Penal) especialmente cuando el autor del delito no forma parte de la organización criminal dedicada a la falsificación, siendo el último eslabón de una cadena y se limita a vender unas copia de DVD o CD por una pequeña cantidad –esa conducta puede llegar a suponer 2 años de cárcel y multa–, ya que el citado artículo no distingue entre los grandes defraudadores de la propiedad intelectual e industrial y quienes se limitan, por necesidades de subsistencia, a la venta callejera y ambulante de copias piratas a cambio de pequeñas cantidades.

De manera muy clara el derecho penal está siendo llenado de aspectos retribucionistas, alejándose cada vez más de una orientación reinsertadora. Sin embargo, a pesar del endurecimiento de las penas e incluso de la forma en la que se cumplen las mismas, no se aprecia en la práctica una disminución real de los índices de criminalidad y existe cada vez más en la sociedad un sentimiento de inseguridad.

La idea esencial sobre la que gira la justicia penal se centra en la noción del castigo y ello genera irresponsabilización, despersonalización, incapacidad para asumir las consecuencias negativas de los actos y finalmente reiteración en la comisión de actos delictivos –reincidencia–. Frente a esa justicia retribucionista, en la que el interrogatorio prima sobre el dialogo y en la que se incentiva o se propicia que el acusado de un delito tenga que mentir, aparece la llamada justicia restaurativa o justicia reparadora. Tradicionalmente la justicia penal ha sido la encargada de saciar la sed de venganza de la comunidad castigando al culpable, sin embargo en todo ese proceso que gira principalmente alrededor de la pena privativa de libertad –la cárcel–, se ignora por completo hasta épocas muy recientes a la persona más vulnerable: la víctima, sin lugar a dudas la gran olvidada dentro del proceso penal.

La mayoría de los perjudicados por un delito, acuden al juzgado y se someten a una ritualista parafernalia procesal de difícil comprensión para ellos. Durante el proceso no comprenden lo ocurrido y normalmente no llegarán a conocer la verdad de lo que sucedió, ya que el

acusado se defenderá negando los hechos. Conviene tener en cuenta en este punto que un 57,18 de las sentencias dictadas durante el año 2005 por los juzgados de lo penal fueron de conformidad. En todos esos casos la víctima fue llamada al juicio y al margen de ella se obtuvo un acuerdo en el que muchas veces ni siquiera fue informada. Al terminar la actuación de la justicia, la víctima en muchos casos desconocerá cuál será el futuro de la persona condenada y el porqué fue elegida ella. Lo único que queda por parte de la víctima es un sentimiento de venganza que trata de paliar deseando una larga pena de prisión para el condenado.

En la situación actual la práctica diaria pone de manifiesto como la persona que ha sufrido los perjuicios del delito no tiene confianza en el proceso penal, ni se siente amparada dentro del mismo, más bien aparece como una marginada del proceso. Esta situación se aprecia sobre todo en aquellos delitos relacionados con la violencia familiar; según los datos ofrecidos por el Magistrado Ramón Sáez Valcárcel (Juzgado de lo Penal nº 20, órgano judicial en el que se desarrolló un programa de mediación), en los primeros 9 meses del año 2006 sobre un total de 101 casos relacionados con esa clase de delitos, en 51 de ellos la víctima a pesar de ser llamada no declaró, en 14 casos más declaró para exculpar al acusado, es decir en un 64,3% las mujeres no colaboraron con la justicia, en un primer momento denuncian y piden ayuda y posteriormente al ver como trabaja la justicia penal pierden la confianza y se alejan de esa justicia. Esta situación podría evitarse o al menos paliarse en parte con la mediación reparadora, ya que en ella se hacen confluír los intereses aparentemente contradictorios de víctima y agresor de forma que la preocupación por el sufrimiento de la víctima no se satisface sobre el dolor del denunciado.

Un buen número de convenios, declaraciones internacionales y resoluciones de diferente naturaleza, abogan por la utilización de la mediación como fórmula para lograr la conciliación y la reparación de las víctimas. Así pueden citarse, el artículo 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 mencionaba ya a la mediación como un mecanismo informal de resolución de conflictos, que debería ser utilizado allí donde resultare apropiado para facilitar la conciliación y reparación de las víctimas.

Por su parte el Consejo de Europa ha abordado esta materia en varias decisiones de su Comité de Ministros, bien conocidas. La R(83)7, de 23 de junio de 1983 recomienda facilitar la indemnización a la víctima previendo tal obligación como medida de sustitución de las penas privativas de libertad. La R(85)11, de 28 de junio de 1985, relativa a la posición de la víctima, recomienda examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación, así como modificar la legislación para tener en cuenta la reparación del daño sufrido y todo esfuerzo hecho por el autor. La R(87)18, de 21 de septiembre de 1987, sobre simplificación de la justicia penal, insta a recurrir a acuerdos de compensación entre autor y víctima para evitar la acción penal,

siempre que el autor cumpla las condiciones acordadas. La R(99)19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal insta a los Estados miembros a recurrir a la mediación para la solución del conflicto mediante la implicación de las partes, como complemento o, incluso, alternativa al proceso penal. Se resalta la necesidad de posibilitar una participación personal activa en el proceso de la víctima y del delincuente, reconoce el interés legítimo de las víctimas para expresarse, para comunicarse con el delincuente y obtener disculpas y una reparación, subraya la importancia de reforzar el sentido de la responsabilidad en los delincuentes y ofrecerles ocasiones concretas de enmendarse, lo que facilitaría su reinserción y rehabilitación, reconoce que la mediación permite tomar conciencia de la importancia del individuo y la comunidad en el origen y en el tratamiento de los delitos y la solución de los conflictos a ellos asociados, así como para lograr que la justicia penal alcance resultados más constructivos que no se fundamenten sólo en la pena privativa de libertad.

La Decisión Marco (2001/220/JAD) del Consejo de la Unión, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, en su artículo 10 propone a los Estados miembros impulsar la mediación en las causas penales para aquellas infracciones que, a su juicio, se presten a ello y que velen porque tenga eficacia todo acuerdo entre la víctima y el inculpado (el plazo de aplicación vencía el 22 de marzo de 2006).

A la vista de cuanto se acaba de exponer resulta necesario el contar con una regulación legal en la que de manera completa se aborden todos los aspectos que afectan a esa institución (delitos en los que se puede mediar, requisitos que debe reunir el mediador –estatuto del mediador–, requisitos del proceso mediador, fases del proceso en el que se puede mediar y consecuencias que produciría el acuerdo alcanzado por las partes).

Esa futura regulación legal de la mediación penal para hechos delictivos cometidos por adultos debería sustentarse sobre tres principios básicos: voluntariedad, imparcialidad y neutralidad del mediador y confidencialidad. Voluntariedad, ya que corresponde a las partes el decidir si quieren someterse a una mediación, siendo obligación de los poderes públicos el facilitar el acceso a esa forma de resolver conflictos. Uno de los aspectos más importantes que pueden contribuir al éxito de la mediación, como alternativa a la resolución judicial de los problemas, es el que se refiere a la participación de las partes en la decisión final que se logre. Son los sujetos del conflicto los que determinan una solución para el mismo.

La inevitable participación de las partes en el proceso mediador, que siempre tendrá un carácter voluntario, da lugar a que las mismas adquieran un mayor compromiso, de cara a respetar y cumplir el resultado final que se adopte. Resulta esencial la voluntad con la que hacen frente a las obligaciones que se derivan del documento en el que quedan plasmadas las mismas. El grado de satisfacción es

muy diferente cuando el acuerdo es consensuado y se obtiene con la participación de las partes, a cuando la decisión la adopta un tercero y se impone de manera coactiva por imperativo legal. En toda mediación la persona aparece como protagonista en la resolución de su conflicto.

Respecto a la imparcialidad y neutralidad del mediador, a él le corresponderá proponer soluciones, nunca impondrá acuerdos ni defenderá los intereses de una de las partes. La ley que regule la mediación, deberá establecer el estatuto del mediador y los principios que debe respetar con su trabajo. La futura regulación deberá también contemplar la obligación del juez y del fiscal de velar para que el trabajo del mediador, se realice con pleno respeto a los derechos del infractor y de la víctima del delito. Dentro de los equipos de mediadores sería deseable que su composición fuera multidisciplinar para que existan profesionales con conocimientos jurídicos y psicológicos.

La confidencialidad deberá ser otro de los principios a tener en cuenta dentro del proceso de mediación, las actuaciones que se realicen, serán absolutamente confidenciales. En el caso concreto del derecho penal, hay que tener en cuenta que el respeto al principio de presunción de inocencia, requiere que sólo pueda tenerse en cuenta de cara a una condena los actos de prueba producidos en el juicio, por ello no se podrá introducir en el procedimiento judicial, en el caso de que la mediación fracase, aquellos datos o circunstancias conocidas en el proceso de mediación. Un reconocimiento genérico sobre los hechos, realizado por la persona denunciada en modo alguno podrá tener incidencia en el proceso.

La confidencialidad resulta esencial para garantizar que dentro de la mediación va a existir un espacio de diálogo sincero entre los interesados. En ningún caso el mediador podrá ser llamado como testigo para que intervenga en relación con las conversaciones y encuentros realizados en el proceso de mediación. Por ley deberá quedar protegido y reconocido el secreto profesional del mediador.

Respecto a los tipos delictivos que podrían ser susceptibles de un proceso de mediación, la futura regulación legal no debería excluir ningún tipo delictivo, a la hora de poder aplicar la mediación. En todo caso la previsión legal debe fijar las condiciones en las que se podrá utilizar la mediación, con especial relevancia al “principio de igualdad” entre las partes. En cada caso concreto, sería el tribunal el que velaría, en primera instancia por el cumplimiento de esas condiciones, sin perjuicio de que el mediador también garantizara en la práctica que no existe desigualdad entre las partes.

En el supuesto de los delitos de peligro, especialmente los relativos a conducciones imprudentes o delitos contra la salud pública, sería bueno el propiciar en estos casos que puedan participar en el proceso mediador las asociaciones de víctimas. Se trataría de reconocer legitimidad a entidades, asociaciones, fundaciones públicas o privadas que

tengan encomendadas entre sus fines la protección o la defensa de los intereses de víctimas de esa clase de delitos. De esta manera se implica también a la sociedad en esta forma de resolver conflictos y además se consigue que la naturaleza terapéutica que la mediación tiene para el infractor pueda llegar también de alguna forma a través de esas entidades a las víctimas.

En los supuestos de que la víctima de delito sea persona jurídica, la experiencia que se tiene en la aplicación de la ley penal del menor, pone de manifiesto que también en estos casos es posible terminar el conflicto a través de la mediación (por ejemplo las mediaciones que se realizan en Barcelona, en las que la persona jurídica por el ilícito penal son grandes almacenes o el Metro).

En los delitos de atentados y resistencia, es cierto que se trata de tipos delictivos poco apropiados, pero ello no debe dar lugar a excluir legalmente la posibilidad de que en ellos también pueda intentarse la mediación. En estos casos la clave radica en garantizar que las dos partes que intervienen lo hagan en condiciones de auténtica igualdad.

Sería también conveniente el diseñar y contar con un catálogo de prestaciones, actividades o programas de tratamiento (asistencia y cuidado de personas que hayan sido víctimas de alguno de esos delitos, participación en programas preventivos para evitar los mismos, realización de trabajos comunitarios relacionados con esos tipos delictivos etc.) en los que podrían participar las personas que reconociendo ser autores de alguna de esas infracciones, participan con éxito en un proceso de mediación.

En principio la mediación debería contemplarse en las tres fases del proceso penal (instrucción, enjuiciamiento y ejecución). Antes de iniciar el proceso, el principio de oportunidad debería ser recogido en la futura normativa para evitar que el proceso comience. Una vez iniciado el proceso, debería contemplarse la posibilidad de hacer una mediación intraprocesal, dando respuesta así a las obligaciones de transposición que afectan a nuestro país por la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, de la Unión Europea, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal. Incluso en la fase de ejecución, después de haberse dictado sentencia, podrían articularse medidas que hicieran compatibles los acuerdos logrados en una mediación con el cumplimiento de las penas o de las medidas de seguridad, e incluso la posibilidad de suspender o sustituir las penas privativas de libertad.

En Bélgica existe desde 1998 un proyecto con el que se quiere introducir en la prisión la cultura de la restauración, a través del diálogo entre el condenado y la víctima. Se trabaja con los presos para que asuman su responsabilidad y con los funcionarios para que éstos sepan orientar a los condenados. Se ha llegado a crear un fondo económico para ayudar a los condenados a pagar a cambio de que éstos realicen horas de trabajo en beneficio de la comunidad.

En la fase de ejecución pueden aparecer situaciones que dificulten el lograr un acuerdo mediador, ya que es posible que con anterioridad se haya intentado una mediación sin llegar a un acuerdo. Por otra parte existen otras circunstancias que favorecen o que pueden propiciar, en este momento, el éxito de una mediación. El tiempo transcurrido desde el hecho delictivo, produce en la víctima y en el infractor, reflexiones que no fueron capaces de tener en los momentos inmediatamente posteriores al delito.

En infracciones de cierta entidad, con penas privativas de libertad largas, el tiempo en prisión hace aflorar al causante del daño sentimientos hacía la víctima que inicialmente nunca tuvo. La propia evolución humana provoca en el ser adulto procesos de reflexión que surgen entorno a los 40 años y que, sin embargo nunca aparecieron cuando la persona tenía entre 20 y 30 años que suele ser el periodo de producción delictiva más intensa.

Instituciones como la suspensión de condena (arts. 80 a 87 del Código Penal), la sustitución de la pena (Arts. 88 y 89 del Código Penal) o la petición de indulto (art. 4.4. del Código Penal), pueden resultar esenciales para propiciar que el condenado se someta a un proceso de mediación.

En los tres casos señalados la existencia de una mediación finalizada con éxito, debería ser legalmente contemplada como un requisito esencial para acordar una suspensión, sustitución o la petición y concesión de un indulto. No sería eficaz o presentaría serias dificultades el imponer por el tribunal, que tras una suspensión o sustitución, el condenado deba someterse a un proceso de mediación, ya que en la misma habrá que contar inevitablemente con la aceptación de la víctima.

En todo caso, antes de decidir sobre suspender o sustituir la pena, el tribunal debería valorar el comportamiento y la buena disposición del condenado a participar en una mediación y los actos concretos que haya realizado para reparar el daño, cuando la víctima se haya negado a ello. Además en estos supuestos el incumplimiento total o parcial de la reparación, tiene una fácil solución jurídica, el incumplidor pasaría o podría pasar, según el grado de ese incumplimiento, a cumplir la pena suspendida o sustituida.

En términos generales en esta fase del proceso, el infractor conoce ya la sanción que le corresponde por el ilícito que cometió y ello puede propiciar un mayor interés por evitar cumplir la pena, a cambio de realizar la función reparadora y resocializadora a la que se comprometa.

Desde el punto de vista del derecho penitenciario, una mediación finalizada con éxito podría tener consecuencias directas en alguna de las siguientes previsiones normativas:

- Permisos de salida (art. 47.2 de L.O.G.P.).
- Progresiones de grado (art. 72 L.O.G.P.).
- Obtención de la libertad condicional (arts. 90 a 93 del Código Penal).

- Aplicación del régimen general de cumplimiento (arts. 78.3 y 36.2 del Código Penal).
- Supresión o disminución de las sanciones disciplinarias (art. 256 del Reglamento Penitenciario).

En España desde año 2006, se están llevado a cabo en los Centros Penitenciarios de Zuera –Zaragoza– y Valdemoro –Madrid– dos experiencias para mediar con aquellos internos calificados como incompatibles, bien por motivos tratamentales, regimentales o disciplinarios. Al recibir tal calificación esos internos se ven privados de participar en algunas actividades o de visitar algunas dependencias al no poder coincidir con otros internos. La mayor parte de esos internos incompatibles fueron declarados así por motivos disciplinarios, al haber sido sancionados como autores de faltas disciplinarias.

En esas dos experiencias, al margen de los acuerdos alcanzados, lo más relevante ha sido el proceso de aprendizaje que para los internos supuso el utilizar el dialogo y la confrontación sincera a través de la palabra como medio para solucionar conflictos. Además los internos han aprendido a interpretar los conflictos desde otros puntos de vista, teniendo en cuenta el interés propio y también el de la otra persona, asumiendo personalmente el protagonismo en el proceso de solución del conflicto y responsabilizándose de sus decisiones.

Los resultados obtenidos han puesto de manifiesto como las soluciones dialogadas que han permitido poner fin a los procesos de mediación (devolver el dinero debido en diferentes pagos, el reconocimiento de la verdad, el reconocimiento del estado emocional tenso en el momento de la disputa, la explicación de un malentendido, etc.) han permitido dar por finalizado un conflicto que sin la intervención de la mediación hubiera quedado enquistado con la imposición de las correspondientes sanciones a las conductas violentas, sin abordar de manera profunda las verdaderas causas de esas conductas.

Los datos obtenidos en el Centro Penitenciario de Valdemoro desde el mes de septiembre de 2007 al mes de junio de 2008, han sido los siguientes:

- De 54 propuestas de mediación que se propusieron desde el Centro Penitenciario, se pudieron iniciar 32.
- En 22 casos no pudo iniciarse la mediación por haber sido trasladado del Centro Penitenciario alguno de los internos.
- En un 56% de las efectuadas se obtuvo un acuerdo positivo. En un 38% no fue posible llegar a ese acuerdo por rechazarlo una de las partes y en un 6% se interrumpió el proceso.
- En los internos que participaron y acabaron con éxito el proceso mediador, no se ha detectado ningún caso de reincidencia. Los participantes vieron incrementadas sus posibilidades de poder solventar conflictos sin tener que recurrir al uso de la violencia para sentirse respetados.

- El número de internos que rechazaron la mediación (un 38% de los casos) se debió a que muchos eran preventivos y para ellos carecía de interés el someterse a un proceso de mediación.
- El efecto más positivo que han experimentado los internos que han participado en estos procesos, ha sido el de verse acogidos en un espacio en el que su opinión es o puede ser tan válida como la de la parte contraria y el sentirse escuchados y respetados. La mediación les devolvió parte de la sensación de control sobre sus vidas, ya que les permitió reflexionar sobre el conflicto y tener la posibilidad de elegir. (Esta información ha sido gentilmente facilitada por el Abogado y Profesor Julián Carlos Ríos Martín en nombre de la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos).

Los acuerdos finalizados con éxito entre los internos que fueron sancionados disciplinariamente, tienen también su incidencia jurídica, para que el esfuerzo conciliador realizado revierta en ellos y de esa forma evitar así el tener que cumplir las sanciones que se les impusieron. En estos supuestos se aplica desde el juzgado de vigilancia penitenciaria el artículo 256 del Reglamento Penitenciario y se revocan o se reducen las sanciones que recibieron los internos, teniendo en cuenta para ello el acuerdo logrado a través del proceso de mediación.

En la fase de ejecución, más concretamente durante el cumplimiento de la condena privativa de libertad, sería también posible utilizar una institución como la mediación, para abordar la relación que se crea entre el interno y la Administración penitenciaria.

Según la terminología acuñada por el Tribunal Constitucional, se crea desde el momento que el condenado a una pena privativa de libertad recibe una sentencia firme una “relación de sujeción especial” en la que el interno se integra en una institución preexistente –Administración penitenciaria–, la cual proyecta su autoridad sobre aquellos, adquiriendo dichos internos un estatus específico de individuos sujetos a un poder público.

Desde el mismo momento que el interno queda sometido a la tutela y custodia de la Administración penitenciaria, desaparece de esa relación la víctima del delito, de tal forma que pierde la condición de parte procesal. Esa situación en modo alguno supone un impedimento para poder obtener en la fase de ejecución un acuerdo reparador para la parte que sufrió el daño al tiempo que se propicie también una labor resocializadora para el condenado.

En muchos de los casos, por diferentes razones, en la fase de ejecución, las únicas partes intervinientes son la persona condenada y la Administración penitenciaria. A ésta le corresponde entre otras muchas funciones la adopción de las medidas y actuaciones pertinentes para conseguir una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento, la custodia

y por supuesto la reeducación y la reinserción social de los sentenciados (art. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

A lo largo de su estancia en prisión, el condenado va a recibir un buen número de actos administrativos, unos serán consentidos y otros por el contrario darán lugar a reclamaciones ante los jueces de vigilancia penitenciaria. Llegado a este punto la cuestión que se plantea es la de valorar si en esa relación entre interno y Administración penitenciaria puede utilizarse la mediación como instrumento para solventar las diferencias que surjan entre ellos.

Básicamente se trataría de planificar con la intervención de un mediador los compromisos y objetivos de cada una de las partes (interno y Administración penitenciaria), quedando todo ello recogido en un acuerdo que formaría parte del expediente del interno y que tanto el interno como la Administración podrían utilizar ante el juez de vigilancia penitenciaria, cuando alguna de esas partes considerara que la otra ha incumplido.

Sobre este particular conviene tener presente que el artículo 88 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, literalmente establece: "Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico".

De llegar a admitirse esta clase de mediación se produciría un avance cualitativo importante respecto de las experiencias prácticas que actualmente se realizan en prisión, las cuales se reducen a mediar entre aquellos internos que por motivos tratamentales, regimenterales o disciplinarios, han sido calificados por el Centro Penitenciario como incompatibles. Además la utilización de esa forma de mediación supondría el introducir un elemento pacificador en la relación continúa que mantiene el interno y la Administración penitenciaria, ya que en muchos casos esa relación esta presidida por una constante confrontación.