

La mediación: nuevos paradigmas de política criminal

JULIÁN CARLOS RÍOS MARTÍN

Profesor de derecho Penal. Abogado

Recibido: 20 de enero de 2014 . Aceptado: 24 de febrero de 2014

* Charla impartida el día 5 de febrero de 2014 en el *Col·legi Oficial de Treball Social de València*.

Uno de los factores explicativos de la crisis de legitimidad del sistema penal reside, no sólo en su evidente incapacidad para dar respuesta satisfactoria a los requerimientos de la colectividad y de las víctimas ante el conflicto delictivo, sino también, en las consecuencias destructivas, tanto físicas como mentales, que genera la pena de prisión en las personas condenadas¹. A pesar de ello, asistimos desde hace ya bastante tiempo a una utilización desmesurada del Derecho penal² “que no se halla vinculada ni guarda

proporcionalidad alguna con los índices de criminalidad”, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva de los ciudadanos ni, por

castigar la convocatoria ilegal de un referéndum; 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas para la protección integral contra la violencia de Género. El incremento del número de penados desde la entrada en vigor de estas leyes es desproporcionado respecto de los últimos cinco años. A Julio de 2010 existen 76.259 reclusos en España; es el país de Europa con más número de personas presas. El motivo no es tanto los nuevos ingresos, como las dificultades para salir de prisión. Esta son las consecuencias del modelo de “tolerancia cero” importado de los EEUU, que basa su existencia y expansión en el miedo. El modelo de mediación y conciliación que se propone en este trabajo, al cuestionar el fundamento y las consecuencias del sistema de “tolerancia cero” que consiste en el incremento desmesurado del número de personas presas ataca directamente a quienes quieren obtener réditos económicos de la ejecución penal. Las empresas de seguridad privada y las que se encargan de gestionar las prisiones privadas, en España de momento, todas las de menores, pueden cuestionar la mediación porque supondría la reducción drástica de sus clientes. Y ello no sólo por el posible incremento de penas alternativas a la prisión –no ingresos en la cárcel–, sino también por la concienciación social de formas alternativas, dialogadas, de solucionar los conflictos, así como en una redimensión de la inseguridad y del miedo.

1 Para una mayor información en estos aspectos es bueno leer los siguientes libros: VALVERDE MOLINA, J., *La cárcel y sus consecuencias*, Edit. Popular, 2004; RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J., *Mil Voces presas*, UPCO, 1999, y *Mirando el abismo: el régimen cerrado*, UPCO, 2003. MANZANOS BILBAO, C., *Cárcel y marginación social*, Gankoa, Bilbao, 1997.

2 Las reformas penales recogidas en las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; 11/2003, de 29 de septiembre, de materias concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la LO 10/95; y 20/2003, de 23 de diciembre, dirigida a

CORRESPONDENCIA

jrios@der.upcomillas.es

ende, de confianza en la administración de justicia que suele ser percibida como institución ineficaz debido a una "supuesta benevolencia" en la cantidad de pena que los Juzgados y Tribunales imponen³ en determinados delitos. Este *modus operandi* cumple ciertas funciones: reconcilia a la colectividad con la idea de justicia, asegura la vigencia de sus valores y normas, y sirve de intimidación al culpable y al resto de potenciales candidatos al delito y, finalmente, aun sin éxito, calma la sed de retribución. El rigorismo punitivo –más delito, más penas y de mayor duración– pareciera convertirse en una suerte de extraño talismán capaz de dar respuesta a toda suerte de variados problemas como el machismo y las relaciones de dominación en la violencia de género, la desigualdad social y de oportunidades, la drogodependencia y la precariedad que laten detrás de parte de la criminalidad urbana, entre otros. Sin embargo, esta inflación de Derecho penal no viene acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad que en no pocas ocasiones de existir se debe a otros factores, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva por parte de los ciudadanos. Se incrementa desmesuradamente la función simbólica del Derecho punitivo, pero su eficacia potencial y real dista mucho de ser la que se imagina.

A pesar de ello, hay que reconocer como positiva la eficacia preventiva del sistema penal moderno que permite el tránsito de la venganza privada al monopolio de la violencia por parte del Estado a través de un sistema articulado de normas que describen comportamientos lesivos y sus consecuencias jurídicas. Es más, la ausencia de un sistema penal generaría graves consecuencias; sirva como

ejemplo citar los actos de venganza privada en los países en los que la administración de justicia penal no funciona, o, incluso en países de nuestro entorno, la organización de vigilancia privada violenta de vecinos que residen en zonas en las que la delincuencia no es controlada por la ausencia de efectivos policiales. Se trata de la violencia que indirectamente genera la propia administración del Estado, no sólo por el abandono de inversión suficiente en ámbitos sociales de prevención de conductas delictivas: extranjería, pobreza, enfermedad mental, marginación, toxicomanías⁴, sino también por la ausencia de inversión en medios policiales, encomendando la protección ciudadana a la dudosa gestión privada de las empresas de seguridad⁵, quienes ocupan un sector económico con enormes beneficios⁶.

No obstante, y a pesar de la necesaria función protectora y preventiva del sistema pe-

3 Como se analizará a lo largo de este trabajo, la vinculación de la eficacia del sistema penal con la cantidad de pena –castigo– como instrumento de solución del conflicto casi siempre será percibido como ineficaz por la ciudadanía. Una sencilla razón avala esta hipótesis. El dolor y la violencia que la víctima puede sentir nunca se calmará con la imposición de penas por muy elevadas que sean, incluso, ni con la reclusión perpetua ni la pena de muerte. La vuelta a la calma emocional de la víctima necesita un enfoque diferente: el duelo terapéutico que es consecuencia del dialogo, el conocimiento, la comprensión y el perdón.

4 Quien haya visitado los patios de, al menos, cuatro prisiones, sabe perfectamente de lo que hablamos. La cárcel es el espacio institucional que recibe el fracaso social: la pobreza, la marginación, la ausencia de educación no violenta e igualitaria, la enfermedad mental, las toxicomanías y las consecuencias de esta sociedad consumista, de gratificación inmediata. Para profundizar en este tema ver: WACQUANT, L., "Voces desde el vientre de la bestia americana" (Prólogo), en *el encarcamiento de América: una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EEUU*, editado por Daniel Ed BURTON-ROSE, Dan Pens y Paul WRIGHT. Barcelona, Virus editorial. Vid. Tb, *Los mitos cultos de la nueva seguridad*, en *Políticas sociales en Europa. Tolerancia cero*. Barcelona: edit. Harcer, 2004.

5 En el trabajo elaborado para la Fundación Encuentro [CECS 2003] básicamente por policías y Guardias civiles se dice que la evolución de la seguridad privada en nuestro país no guarda relación directa con la evolución de la criminalidad. El incremento del personal de seguridad privada se produce tanto cuando aumenta la delincuencia como cuando ésta descende.

6 Para intuir las consecuencias de la industria del sistema penal visitar las siguientes páginas web: <http://www.correctionscorp.com/index.html> de la empresa privada que gestiona más cárceles en EEUU aprovechándose económicamente del dolor y el sufrimiento del sistema penal e introduciéndose en éste incorporando un carácter privado y de lucro al que tiene que ser, en todo caso, siempre público; sorprende la campaña de atracción de inversores y los resultados económicamente espectaculares. Ver también <http://www.afscme.org/private/aculinjk3.htm> que contiene una importante variedad de documentos antiprivatización. España se ha gastado 7 millones de euros en tecnología Israelí para el control de medios telemáticos.

nal, hay que hacer una reflexión crítica del mismo. Sin ella, corremos el riesgo de incrementar innecesariamente la intransigencia, la violencia personal e institucional y, por ende, el sufrimiento. La gestión del conflicto delictivo es algo más que el castigo a quien comete el delito: "quien la hace la paga"; expresión que se divulga desde determinadas opciones políticas y desde los medios de comunicación que les dan cobertura.

El proceso penal no sólo no ofrece cauces para la expresión y satisfacción de las necesidades de la víctima sino que, además, frecuentemente supone una experiencia dolorosa para las víctimas, lo que, no en vano se ha denominado "victimización secundaria". La víctima es una especie de perdedor por partida doble; en primer lugar frente al infractor y, después, frente al Estado. Queda excluido de la gestión dialogada de su propio conflicto, salvo la que permite el proceso penal que se presenta como limitada, estigmatizante⁷ y escasamente reparadora, tal y como tendremos ocasión de demostrar en las páginas que siguen. Únicamente se le da entrada para la acreditación de los hechos que puedan servir al fiscal o la acusación particular si así lo decide para demostrar la acusación que se sostiene contra el presunto autor o partícipe del delito y, como consecuencia de ello, interesar la reparación económica o material por el daño sufrido⁸.

En realidad, y una vez finalizado el proceso penal, el conflicto no sólo no se cierra, sino que se perpetúa en el tiempo, sobre todo si las partes están obligadas a convivir de forma cercana, bien porque habiten con cierta proximidad geográfica, bien por la existencia de lazos o intereses comunes. En estos

7 Decimos estigmatizante porque la persona deja de ser considerada como tal para ser tratada como una parte procesal: el testigo; se abandonan los aspectos más humanos y su abordaje: sufrimiento, miedo, expectativas e ilusiones frustradas, necesidad de conocer, de comprender e incluso de perdonar.

8 La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé en el art. 13 medidas destinadas a proteger a los ofendidos o perjudicados; en el 544 bis la adopción de medidas de cautelares hacia el infractor destinadas a la protección de la víctima; en el 544 ter LECr. la adopción de medidas de protección.

supuestos, el sistema penal no cumple con toda la intensidad que sería necesaria su función social/legal de solución de conflictos, ni devuelve la tranquilidad a los ciudadanos intervinientes en el mismo.

Estas consecuencias son generadas por la dinámica de funcionamiento de la administración de justicia. Son situaciones no deseadas pero que, lamentablemente, influyen muy negativamente en la noble causa de "administrar justicia". El peligro del desencanto colectivo ante esta situación se concreta en el cuestionamiento de la eficacia de las nuevas tendencias de política criminal que preconizan, como uno de los fines del sistema punitivo, la prevención general positiva en la idea de búsqueda de la prevención de delitos mediante el restablecimiento de la cohesión social entorno a la vigencia de la norma penal. Sin duda, las funciones básicas del Derecho penal, bien en la vertiente de prevención general negativa⁹ o positiva, bien en la especial¹⁰, quedan en buena manera, cercenados.

A esta conclusión se llega no desde la lejanía y des-implicación en que se formulan los presupuestos dogmáticos que sirven de base a la construcción/elaboración de los conceptos penales, sino desde la mirada crítica de las disfunciones que presentan en las personas intervinientes en el conflicto delictivo tanto la norma penal y procesal, como las instituciones encargadas de su gestión. De ahí que se haga necesario para la elaboración de una política penal eficaz en la gestión del fenómeno delictivo no sólo la reflexión dogmática, sino la sociológica que refleje y analice las tendencias del delito y su gestión por las instituciones penales, tomando como elemento de primer orden el abordaje de las consecuencias que las disfunciones provocadas por las

9 Este concepto se entiende como la prevención en la comisión de delitos a través de la intimidación ofrecida a los ciudadanos por la existencia de conductas descritas en el código penal y, por tanto, sancionadas con penas.

10 Este concepto se entiende como la prevención de conductas delictivas a través de la reeducación y resocialización de las personas condenadas.

instituciones y las personas que las gestionan, provocan en la personas protagonistas del delito: la víctima y el infractor. A este respecto, la formulación de una acusación por parte del Ministerio Fiscal y la redacción de una sentencia condenatoria por el Juez tiene consecuencias; algunas positivas, tal como el mantenimiento del orden social a través de la intervención de las instituciones penales y la gestión de violencias interpersonales evitando la venganza privada; pero otras negativas: la causación de sufrimiento, la privación de libertad, de sentimientos, esperanzas, ilusiones, la destrucción psíquica y física que los períodos de encarcelamiento generan en las personas. Sin olvidar la sensación de rabia, impotencia, incompreensión, utilización y violencia con que se quedan una buena parte de las víctimas después del proceso penal. Nada es neutro en su valoración, únicamente el papel sobre las que se escriben¹¹.

El origen de estas situaciones descritas y no deseadas, no reside ni única ni principalmente en los operadores jurídicos: policías, jueces, fiscales, abogados, funcionarios de prisiones, sino en el legislador y los grupos políticos que gestionan este poder. No son pocas las ocasiones en que la actuación de algunos grupos políticos en la elaboración de reformas penales es de una enorme irresponsabilidad. Se modifican las leyes penales, incrementando penas, creando nuevos tipos delictivos sin base científico-sociológica que aporte una explicación sensata, coherente y

eficaz a cada reforma¹². La finalidad última es la utilización del sistema penal para reforzar su papel de garantes del orden y, así, obtener más réditos políticos: "un gobierno estricto y 'duro' con el delincuente, conviene a todos los ciudadanos". Se trata de la utilización simbólica del Derecho penal en la creación de una falsa seguridad ciudadana. Siempre es más sencillo y rentable políticamente utilizar el derecho penal en la prevención del delito que atender social e institucionalmente a las causas que lo generan.

En ocasiones, el poder político se presenta únicamente interesado en calmar a ciertos sectores reaccionarios, minoritarios, casi siempre de víctimas o asociaciones que las apoyan y necesitan su justificación para sobrevivir económica e ideológicamente¹³, pero de gran trascendencia pública a través del "micrófono" que para la reclamación de sus pretensiones alarmistas se les ofrece desde unos medios de comunicación que tratan el fenómeno delictivo desde claves sesgadas, parciales y tendenciosas, generando una importante y desproporcionada alarma social, allí donde no existe. En último extremo, los intereses económicos/políticos, al igual que los de las empresas de seguridad vuelven a encontrarse detrás: a más oyentes/lectores, mayor incremento de los beneficios por publicidad.

Probablemente haya llegado el momento de plantearse si no se ha llegado demasiado lejos, no ya sólo por la judicialización/penalización de la vida cotidiana, sino en la exclusión real de las partes, víctima e infractor, en la búsqueda de soluciones al conflicto generado por el delito.

11 Una reflexión positiva reside en la necesidad de incorporar a la actuación de los operadores jurídicos criterios éticos, entre los que se encuentra el cuidado hacia las personas que intervienen en el delito. Se trata de aplicar la ley, incluso su interpretación, teniendo muy presente las consecuencias que las decisiones legales y su cumplimiento pueden generar en los ámbitos emocionales, físicos y sociales de los ciudadanos implicados. Este criterio ético debe utilizarse, no sólo en la adopción de las medidas legales, sino en la forma de trato hacia la víctima en las explicaciones y preguntas, hacia el infractor en la escucha, en suma, en toda intervención que implique interrelación personal, incluso hacia los operadores jurídicos. No son infrecuentes las situaciones en que fruto de la tensión y del estrés acumulado, los jueces y fiscales "maltratan" con sus gestos, palabras, intervenciones a abogados, víctimas y acusados.

12 Para mayor información leer el interesantísimo libro DIEZ RIPOLLES, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, 2004.

13 Un ejemplo lamentable es la modificación del proyecto de modificación de la ley de menores de 2006 en que se incrementa irreflexivamente la dureza de la Ley de responsabilidad penal del menor. Ésta ha sido posible por la presión social ejercida en torno a la madre de una menor brutalmente asesinada y que ha sido alentada por la asociación contra la intolerancia; asociación que ha actuado, en nuestra opinión, de forma interesada e "intolerante", pidiendo la más intervención punitiva del Estado; es decir, el instrumento violento más intolerante que existe en el Estado.

Ante este diagnóstico urge la búsqueda de alternativas a esta única vía y probablemente una de ellas sea la mediación como instrumento de justicia restaurativa¹⁴.

La Justicia Restaurativa que da soporte filosófico a la mediación penal, nace vinculada a diferentes movimientos preocupados por la humanización del sistema penal y por aliviar el sufrimiento que introduce el delito y sus consecuencias. Uno de ellos, consciente de la hipertrofia del sistema penal, del sufrimiento que genera y de su manifiesta incapacidad para cumplir sus funciones declaradas, es el que ha venido propugnando desde comienzos de los años 70 *alternativas a la prisión* y la introducción de un amplio catálogo de sustitutivos que amplían una visión hasta entonces exclusivamente vinculada a las teorías absolutas de las penas. En similar dirección, otra fuente inspiradora de la Justicia Restaurativa fueron los movimientos a favor de *los derechos humanos de las personas privadas de libertad*, cada vez más aisladas y alejadas de sus entornos, sobre todo a partir de la crisis teórica del modelo reinsertador (por cierto, sin haberse empeñado suficientemente en ponerlo en práctica).

Por su parte, los movimientos defensores de los derechos de las víctimas consiguieron introducir una nueva disciplina en la Criminología: *la Victimología*.¹⁵ De este modo, se

empezó a tomar tardía conciencia de que el modelo convencional de Justicia penal, en su obsesión por el castigo e inoquización del culpable, olvidaba a la víctima que quedaba reducida a ser utilizada como mera prueba de cargo en la compleja "máquina de picar carne" en que acaba constituyéndose el sistema penal. Puesto en marcha, nada detiene esta sofisticada e impersonal maquinaria, ni siquiera la voluntad de la víctima que queda absolutamente enajenada del proceso penal y con frecuencia resulta, a la postre, injusticiada. Singular empuje dio al movimiento restaurativo y pacificador el Proyecto Alternativo de Reparación alemán de 1992, encabezado por Claus Roxin.

Desde un punto de vista de política criminal, la mediación penal muestra su superioridad ética y su dependencia de tres elementos tan fundamentales como sencillos: una idea de justicia muy elemental (dar a cada uno lo que necesita), el rescate de la categoría de "necesidades" (previa incluso a la de "derechos") y buenas dosis de sentido común. Por ello, puede ir *más acá* de las funciones atribuidas al sistema penal al uso, minimizando violencia y dolor; y *más allá*, atendiendo a las necesidades puestas de manifiesto por el delito. Para ello, se analizan las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, se buscan las fórmulas más idóneas para ayudar a asumir las responsabilidades, reparar los daños, aliviar las penas, facilitar explicaciones necesarias, neutralizar los miedos, hacer desaparecer inseguridades y obsesiones, nivelar asimetrías sociales o falta de oportunidades y procurar evitar la reiteración de delitos en el futuro. La base de todo ello es el reconocimiento del otro como un "tú" competente (bastante más que una mera prueba de cargo o un enemigo a batir).

El proceso de mediación no elude la intervención del sistema penal, ni anula el papel de la administración de justicia. En este sentido, la mediación no supone una privatización de la justicia penal sino que, como opción de política criminal, asumiendo el postulado del principio de intervención mínima, además de

14 Se acuñó el término Teoría Jurídica Terapéutica -Therapeutic Jurisprudence Approach-. Este término no nos parece adecuado. Su utilización puede generar confusión entre lo legal y lo médico, y por tanto, causar desconfianza y rechazo en los operadores jurídicos. Creemos que es mejor hablar de justicia restauradora, que tiende, sin más, a restaurar el daño causado, personal y socialmente, tomando como elemento clave de la intervención judicial la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y emocionales de los ciudadanos implicados en los procesos penales, así como de la colectividad. Su origen de criminológico y contempla, principalmente tres elementos: la víctima, la rehabilitación y la pacificación social. Uno de sus promotores fue David Wexler, profesor de derecho en la universidad de Puerto Rico y de Psicología en la de Arizona. Para profundizar en el tema: WINICK, B y Wexler, D., *Judging in a Therapeutic Key: therapeutic Jurisprudence and the Courts*, North Carolina, 2003.

15 Pionero en España es Antonio BERISTÁIN IPIÑA, *Nueva Criminología desde el derecho penal y las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; ID., *Victimología: nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

lograr los fines explícitos del proceso penal contemporáneo, apunta a una dirección nada despreciable de poner en tensión el "ser" con el "deber ser" (el primado de la razón ética) y de evidenciar algo bastante obviado por los operadores jurídicos: lo que pasa después del "visto para sentencia" con unos y otros, lo que realmente ocurre en la vida de las personas y no sólo en los formalismos de la ley cuando se desgaja de la vida.

En último extremo, la mediación posibilita la creación de escenarios públicos y privados que permiten un cambio moral hacia el respeto y la minimización del sufrimiento humano, en los distintos interlocutores y posiciones sociales.