

Joana Ruiz Sierra

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia FICP.

~Mediación penal en España desde el punto de vista de la víctima~

Resumen.- Víctima y mediación penal de adultos en España, su presente, presidido por el principio de legalidad y por una idea de justicia retributiva, con las pequeñas concesiones a la justicia restaurativa. El sentimiento de insatisfacción de los intervinientes en el tradicional proceso penal. La legislación europea de protección a la víctima de los delitos. La mediación penal en el futuro proceso penal, como mecanismo complementario que no alternativo. Y un breve examen de la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y del borrador del Código Procesal Penal en trámite legislativo.

Palabras clave. justicia penal, justicia retributiva y legalidad, justicia restaurativa, mediación penal y víctima, delito y proceso penal, estatuto de la víctima.

I. INTRODUCCIÓN

Como decía el insigne jurista alemán RADBRUCH (1956)¹ debemos “*dar a nuestra sociedad no un mejor derecho penal, sino algo mejor que el derecho penal.*”

Desde finales del siglo XX, se alzan distintas voces doctrinales que postulan la necesidad de superar, ampliar o complementar el sistema judicial penal español, regido por el principio de legalidad y de justicia retributiva. En este sistema, los poderes públicos están obligados a actuar penal y procesalmente cuando tienen noticia de la comisión de unos hechos delictivos, además de estar fundado en la pena y en el castigo al culpable. Qué se pretende incluir, lo que se conoce como justicia restaurativa (SUBIJANA ZUNZUNEGUI, 2013)², ésta desarrolla una función de prevención, apuesta por una mayor atención a las víctimas, por espacios de comunicación entre víctima y victimario, y se rige en su caso, por el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.

El presente trabajo, por un lado, pone en evidencia que España es uno de los pocos países europeos que carece de regulación de la mediación penal de adultos, y por otro lado, el escaso protagonismo de las víctimas del delito en el derecho penal y en el derecho procesal penal.

Cierto es, que tras la promulgación de nuestra Constitución, con el ejercicio exclusivo por el Estado del *ius puniendi* y los principios y garantías penales elevadas a rango

¹ RADBRUCH, G., Rechtsphilosophie. 5ª ed. Stuttgart, 1956, p. 269

² Véase a SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., El significado innovador y la viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro Ordenamiento Jurídico, Cuadernos penales José María Lidón. Madrid, nº. 9, CGPJ, 2013, pp. 21-58, que añade a la justicia restaurativa, la justicia terapéutica y la justicia procedimental

constitucional, han determinado que la mediación penal tuviera y tenga escasa relevancia y posibilidades de practicarse³. Aun así, hoy amparada por la legislación internacional y en menor medida nacional, no debe ser un obstáculo su admisibilidad, sin que ello suponga un abandono de dichos principios y garantías sino como un camino más.

En definitiva, víctima y mediación penal de adultos en España, su presente y su futuro, sin incluir la violencia de género que participa de unos intereses y problemática propia.

II. MARCO LEGAL. INTERNACIONAL Y NACIONAL⁴

En el ámbito de las Naciones Unidas⁵ de la cual formamos parte y además, durante el binomio 2015-2016 como miembro no permanente del Consejo de Seguridad, se han impulsado diversas iniciativas relacionadas con la mediación en asuntos penales. Así, la inicial Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985⁶, bajo la rúbrica “*acceso a la Justicia y trato justo*”, prevé en su número 7 que: “*Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas*”.

Obviamente, a nadie se le escapa que se condiciona su aplicación a cuando proceda. Hasta las distintas resoluciones dictadas por el Consejo Económico y Social (ECOSOC), destacando la Resolución 2002/12 sobre Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal⁷, documento que no tiene fuerza vinculante, pero que entiende a la Justicia Restaurativa como “*respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades*”, buscando su implantación complementaria en los sistemas de justicia penal tradicional. Finalmente, en el año 2006 la Oficina de las Naciones Unidas sobre la Droga y el

³ Para una mejor comprensión de nuestro sistema penal, sobre los principios penales y garantías constitucionales véase a BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos, Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 287-309 y QUINTERO OLIVARES, G., Derecho Penal Parte General. Barcelona, Graficas Signo, 1986, pp. 58-110

⁴ Véase para mayor detalle a GUARDIOLA GARCÍA, J. Módulo III. Marco legal de la Mediación Penal. Valencia, Alfa Delta Digital, 2014, pp. 6 -46

⁵ (Verificado el 30.03.15) <http://www.un.org/es/home/index.html>

⁶(Verificado el 30.03.2015)

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

⁷(Verificado el 30.03.2015) http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf

Delito (UNOCD) publicó en 2006 Manual de programas de Justicia restaurativa⁸, que atiende específicamente a la mediación autor-víctima.

También el Consejo de Europa⁹ a través de diferentes resoluciones ha impulsado la mediación penal. El referente fundamental es la Recomendación (99) 19, sobre Mediación en Asuntos Penales¹⁰, dedicada íntegramente a esta materia y sus revisiones posteriores.

En el ámbito de la Unión Europea, primero, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹¹ como, segundo, la reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹², que sustituye a la anterior, han marcado y marcan una serie de pautas para la implantación de la justicia restaurativa en los países integrantes de la Unión Europea. La citada Decisión Marco ya establecía en sus artículos 10 y 17:

"... Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales (...). Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación (...). Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006".

Sin embargo, el Estado español ha pospuesto la introducción de esta figura en nuestra legislación, a salvo la delincuencia juvenil. Las razones¹³ según la respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004 porque

“se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma”.

Destacar de esta declaración que ya anuncia la necesidad de una reforma legislativa alrededor de la Ley Enjuiciamiento Criminal, y los aspectos a regular: los tipos penales mediables, selección y formación de los mediadores y efectos jurídicos de los acuerdos.

⁸(Verificado el 30.03.2015) http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf.

⁹ (Verificado el 1.04.2015) www.coe.int

¹⁰ (Verificado el 2.04.2015)

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

¹¹ (Verificado el 30.03.2015) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001F0220>

¹² (Verificado el 30.03.2015) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:L:2012:315:TOC>

¹³ MONTERO HERNANZ, T., La mediación penal en España. Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA), 2013, n° 868, p. 8

La Directiva¹⁴ obliga a los Estados de la Unión Europea a adoptar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria, para garantizar que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a dichos servicios, fijando el 16 de noviembre de 2015 (artículo 27) como fecha última para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias. Dando respuesta a esta exigencia acaba de aprobarse el Estatuto de la víctima del delito¹⁵.

Centrándonos en el derecho español, ni el Código Penal de 1995 (al menos hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹⁶ de reforma del mismo de la que después se tratará) ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal incorporan alusión alguna a la mediación, ello pese a estas obligaciones europeas. El primer intento de regulación de la mediación penal en España fue el anteproyecto de Código Procesal Penal presentado por el entonces Ministro de Justicia Señor Caamaño¹⁷, poco antes de que se convocaran las elecciones. Tras el cambio de gobierno, se retoma la necesidad de modificar y adaptar a los nuevos tiempos nuestra ley procesal de 1882, culminando con la actual propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2 de marzo de 2012¹⁸. Este texto incluye a la mediación penal en los artículos 143 a 146 prevén la introducción de la institución de la mediación penal como forma de solución voluntaria del conflicto entre el infractor y la víctima. En su exposición de motivos indica que su regulación obedece a obligaciones internacionales contraídas por España como también a una necesidad sentida y reclamada por la práctica. Esa sucinta regulación hará necesario su desarrollo normativo posterior, llama la atención que no existe límite en cuanto al tipo de delitos que pueden ser sometidos a mediación, y en la exposición de motivos con una perspectiva más amplia que la simple mediación, se enuncia expresamente que el modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional, que supone únicamente la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con

¹⁴ Para una mejor comprensión de esta Directiva y lo que supone para la víctima, véase CAMARENA GRAU, S., Módulo II. La Justicia Restaurativa. Valencia, Alfa Delta Digital, 2013, pp. 5-35

¹⁵ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2015. Entrará en vigor a los seis meses de su publicación, disposición final sexta. (Verificado el 29.05.2015) <https://www.boe.es/boe/dias/2015/04/28/>

¹⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015. (Verificado el 29.05.2015) <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/>

¹⁷ DE VICENTE CASILLAS, C., La mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y Violencia contra la mujer. Una propuesta de regulación. Cuadernos penales José María Lidón, Madrid, nº. 9, CGPJ, 2013, pp. 205 -236

¹⁸ (Verificado el 30.03.2015)

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales>

todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, o sin repercusión alguna.

En el último apartado del presente trabajo se volverá a tratar este texto articulado, hoy borrador del Código Procesal Penal y el Estatuto de la víctima, tras el examen de la situación actual y las tímidas concesiones a la justicia restaurativa.

III. LAS VÍCTIMAS

1. Concepto de víctima

Resulta una labor harto complicada dar un concepto de víctima, no tiene un significado unívoco, a modo de ejemplo en las Naciones Unidas se llegan a reconocer hasta cinco categorías diferentes (FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, 2009)¹⁹.

Centrándome en las víctimas del delito, en el derecho penal, su concepto surge vinculado al delito y en contraposición al autor del hecho, al delincuente. Se usa para aludir al sujeto pasivo del delito, esto es, el titular del bien jurídico protegido, por ello, pueden ser víctimas las personas físicas como las jurídicas, el estado e incluso la colectividad (ROIG TORRES, 2013)²⁰ y a su vez se diferencia del perjudicado, designando con esta expresión a quienes sufren daños o perjuicios como consecuencia de la infracción.

La Victimología usa una noción de víctima para aludir a las personas físicas que padecen las consecuencias negativas del delito, una noción más próxima a perjudicado.

El Estatuto de la víctima²¹ en su artículo 2 nos ofrece un concepto general que se acerca al de perjudicado y diferencia víctimas directas de las indirectas. Literalmente el mencionado artículo dispone:

“Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

- a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.
- b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada

¹⁹ Véase a FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., Las víctimas y el Derecho Internacional, Anuario Español de Derecho Internacional (AEDI), XXV 2009, p. 11. El citado autor sobre la base de la normativa de las Naciones Unidas menciona como víctimas, las de los delitos, las del abuso de poder, las de las desapariciones forzadas, las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario

²⁰ ROIG TORRES, M., Módulo VII. Perspectiva penal de la víctima. Valencia, Alfa Delta Digital SL, 2013, pp. 10-13

²¹ *Op. cit.* p. 5

directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

Por lo que podemos concluir que el Estatuto de la víctima, incluye solo a las víctimas del delito personas físicas, sean sujeto pasivo o perjudicado por el delito, diferenciando siguiendo a nuestra jurisprudencia para el caso de fallecimiento, a las víctimas indirectas de las directas.

2. Víctima y proceso penal

Con carácter general, en el derecho continental, la víctima en el proceso penal es un objeto. Consecuencia, según CHRISTIE (1984)²² es un perdedor por partida doble, frente al agresor y frente al estado, la víctima resulta excluida de cualquier participación en su propio conflicto (en el proceso), el estado le roba su conflicto. Es lo que se ha denominado victimización primaria y secundaria. Victimización primaria es la que sufre la víctima directamente a causa del delito (daños físicos, psíquicos, económicos y sociales) y victimización secundaria es la que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico-penal.

Por ello, no nos debe extrañar que las víctimas hayan pasado de ser invisibles, las grandes ausentes en nuestro sistema judicial, a ocupar un espacio público, a reivindicar sus derechos, a reclamar mayor atención. Ello se ha plasmado en una doble realidad antagónica, por un lado al servicio de aquellos que reclaman más mano dura y un endurecimiento de las penas, y de otro lado, los que reclaman una justicia restaurativa dirigida hacia las víctimas, a su dignidad, a la necesidad de repararlas.

3. Derecho español

Qué ocurre en nuestro derecho. Éste, como ya ha quedado dicho, se basa en un sistema retributivo, donde el castigo de los infractores lo es a través de la pena, usualmente, privación

²² CHRISTIE, N., Los límites del dolor, Fondo de Cultura Económica (FCE), 1984, p. 126

de libertad, impuesta por el juez y tras el desarrollo del proceso, donde la víctima no encuentra un acomodo fácil ni satisfactorio. Se le invita a denunciar, pero tras ello no se le informa del desarrollo del proceso, incluso puede ponerse fin a la causa sin haber tenido la oportunidad de llegar a conocer lo sucedido, excepto si se constituye en parte acusadora. En la mayoría de los casos es la principal y a veces única prueba de cargo para esclarecer el hecho delictivo y destruir la presunción de inocencia del imputado, por ello sufre los inconvenientes derivados de su participación en el proceso, cuyo procedimiento desconoce, debiendo acudir a citaciones y declaraciones policiales, judiciales de investigación y de enjuiciamiento, con el coste emocional, laboral y económico que ello conlleva. Las reparaciones civiles se ven frustradas por declaraciones de insolvencia del penado, y rara vez se revisan, una vez condenado. Es el aparato jurídico penal del Estado, la victimización secundaria y que puede ser más o tan negativa como la victimización primaria, la causada por el delito.

IV. LAS VÍCTIMAS Y EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: PRESENTE

No obstante la situación descrita en el apartado anterior, también se disponen de pequeñas quiebras o concesiones de este sistema hacia la justicia restaurativa, donde se tiene en consideración a la víctima, a su reparación, y hay una cierta disposición del proceso. Así:

1. La atenuante artículo 21.5 Código Penal. Reparación daño.

La atenuante genérica del artículo 21.5 Código Penal (CP) en relación con el artículo 66 CP. Paralelamente el artículo 31 bis 4 c) para las personas jurídicas (futura modificación del Código Penal regula esta atenuante de forma más detallada).

Dice textualmente dicha atenuante: *La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*

Dos son sus requisitos:

- objetivo o reparación del daño, siendo indiferente su móvil (un fin resocializador de disminuir el daño causado o el pragmático de obtener una reducción en la pena). Los principios de la victimología (rama de la criminología) y la necesidad de disminuir los efectos negativos del delito sobre la víctima subyacen en esta atenuante. La reparación no exige que sea económica, puede consistir en volver a la situación anterior al acto delictivo o disminuir los efectos del delito.

- temporal, en cualquier momento antes de la celebración del juicio oral. Si se produce en este período cabría admitir una atenuante por analogía del artículo 21.7 del Código Penal.

No se reconoce un poder de disposición de la víctima sobre el procedimiento penal, si bien, supone una rebaja de la pena para el infractor, desde su mitad inferior hasta la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, dependiendo si concurre una o varias atenuantes muy cualificadas (artículo 66.1 1ª, 2ª y 7ª del Código Penal).

De *lege ferenda* y ante la ausencia de una regulación específica, cabría que la mediación con acuerdo y que se realizara antes del juicio se incardinarse en esta atenuante, e incluso valorar el dato de haber querido el infractor la mediación y no así la víctima²³.

También hay que mencionar los tipos de la parte especial del Código Penal donde la reparación a la víctima es una atenuante específica: delitos sobre ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y siguientes CP); sobre el patrimonio histórico (arts. 321 y ss.); contra los recursos naturales y medio ambiente (arts. 325 y ss. CP) y protección de la flora y fauna (art. 332 y ss. CP), para los cuales el artículo 340 CP ha previsto que si el culpable hubiese procedido voluntariamente a reparar el daño causado, se le impondrá la pena inferior en grado. El artículo 214 del Código Penal cuando el acusado de calumnia o injuria reconozca ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, se impone la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la inhabilitación.

2. El perdón de la víctima

Supuestos que a pesar de concurrir una ejecución culpable, (en sentido amplio de dolo y culpa), un acto típico, antijurídico y punible, el sujeto no es penado porque se ha extinguido la acción penal. El artículo 130 apartado 5ª del Código Penal, se regula el perdón del ofendido. A primera vista parecería que se da entrada al principio de disposición, sin embargo, se condiciona la eficacia extintiva del perdón a “*cuando la Ley así lo prevea*”. Casos concretos donde se admite el perdón: el artículo 201.3 en el delito de descubrimiento y revelación de secretos; el artículo 215.3 en el delitos de calumnias o injuria; el Artículo 267 párrafo 3 delito de daños imprudentes; el artículo 639 párrafo 3 admite el perdón en materia de faltas con extinción de la acción penal o de la pena impuesta cuando se trate de faltas perseguibles por

²³MARTÍNEZ PERZA, C., La mediación en el ámbito penal.
www.icahuelva.es/ArticulosDoctrinales/MediacionPenal.pdf (verificado 10/01/2015)

denuncia del agraviado (la futura modificación del Código Penal en su disposición derogatoria única, deroga el libro III del mismo texto legal relativo a las faltas).

El perdón debe ser expreso, antes de dictarse la sentencia y a presencia judicial. Y provoca el fin del procedimiento incluso para los que ejerciten acciones civiles.

3. Los indultos

Es un acto de gracia a los condenados por una sentencia penal firme, que otorga el Rey, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros. Tiene como efecto la extinción de la responsabilidad penal, pero no sus efectos.

Puede solicitarlo el mismo penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder de representación. Es precisamente en esta última posibilidad donde la víctima puede intervenir solicitando el indulto de su victimario.

Una vez más y de *lege ferenda*, la mediación podría facilitar al juez la concesión de este tipo de suspensión del artículo 4.4 del Código Penal así como para emitir un informe favorable de cara a la concesión de indulto.

4. La conciliación penal

Los delitos de calumnia e injuria contra particulares, participan de una naturaleza ambigua entre el ilícito civil y penal, ello se traduce en ser delitos de carácter privado, perseguibles por querrela del perjudicado y en un procedimiento especial. Se inicia (y es el único supuesto que se conoce en nuestro derecho) por un acto de conciliación, artículos 804 a 815 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las partes pueden llegar a un acuerdo que será recogido por el juez mediante auto, siendo ya innecesario acudir a la vía penal, o en caso contrario, tenerla por intentada sin avenencia.

5. La perseguibilidad

Son aquellos hechos delictivos que para ser perseguidos desde punto de vista judicial, es necesario que la parte legitimada, la víctima en sentido amplio, ponga en marcha toda la maquinaria judicial por una querrela (delitos privado), o por una denuncia si son delitos semipúblico. Es un claro instrumento alternativo a la actuación de los tribunales.

6. La ejecución de sentencias

En la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, la reparación del daño

o literalmente, haber satisfecho las responsabilidades civiles²⁴, es una condición necesaria conforme al artículo 81.3 del Código Penal (en la modificación del Código Penal se ha trasladado artículo 80), salvo que el propio juzgador tras oír al ministerio fiscal y a los interesados declare la insolvencia total o parcial. De *lege ferenda* cabría que una vez celebrado el juicio y establecida la condena, la mediación pudiera surtir sus efectos en el ámbito de la suspensión de la ejecución, tanto por entender cumplido el requisito de satisfacción de la responsabilidad civil como por entender que no existe o que ha quedado disminuida la peligrosidad criminal (artículo 80 Código Penal). Caso de ser la persona condenada drogodependiente por aplicación del artículo 87 del Código Penal el sometimiento de ésta al proceso de mediación puede servir al juzgador para valorar su voluntad de cambio.

En la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad el artículo 88 del Código Penal (este precepto desaparece futura reforma del Código Penal, la posibilidad de aquella sustitución pasa a ser una modalidad de suspensión y no es automática) establece como requisito a valorar el esfuerzo “*por reparar el daño causado*”. La mediación puede ayudar a valorar el citado esfuerzo.

EL artículo 91.2 del Código Penal (artículo 72 Ley Orgánica General Penitenciaria) contempla la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional de 90 días por año efectivamente cumplido. Nuevamente la mediación puede ser un instrumento válido para promover la participación en programas de reparación a las víctimas. (Indicar que este precepto en la futura modificación del Código Penal cambia su redacción, no contemplándose dicha posibilidad).

En general en materia penitenciaria la mediación puede ser una herramienta o instrumento útil en orden a la progresión de grado o a la clasificación inicial del tercer grado, a la concesión de permisos de salida, a la exclusión o no del periodo de seguridad del artículo 36.2 del Código Penal.

7. La suspensión de la pena

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁵, que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2015, modifica el artículo 84, que queda redactado como sigue:

²⁴ *Op. cit.* p. 6 En esta modificación del Código Penal, el pago de la responsabilidad civil, junto con la efectividad del decomiso, es presupuesto de la suspensión de la ejecución. Véase los artículos que entrarán en vigor el 1 de julio de 2015, artículos 80 y siguientes

²⁵ *Op. cit.* p. 6 Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 77 de 31 de marzo de 2015

“1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1.a El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.”

Se prevé por tanto que los acuerdos alcanzados en mediación puedan condicionar la suspensión de la pena, permitiendo por ejemplo la no entrada en prisión, con ello se refuerza y garantiza el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación, evitando que se acuda a la mediación sin intención de cumplir lo pactado.

Ahora bien, permítaseme una crítica a esta positiva reforma cual es que se regula un efecto de la mediación sin que se haya regulado ésta.

8. La conformidad

Institución de derecho procesal cuya regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es dispersa y fragmentaria, artículos 655, 779.1 5ª y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 801 del mismo texto, la conformidad premiada para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Es el epicentro de la discusión entre el principio de legalidad *versus* principio de oportunidad²⁶. Y aunque pudiera pensarse que es una figura cercana a la mediación, por cuanto el acusado se muestra de acuerdo con la pretensión penal (hechos, calificación jurídica y pena) promovida por la acusación, ello no es producto de un acercamiento-diálogo víctima-delincuente, es una negociación entre el ministerio fiscal y la defensa, y en su caso, la acusación particular, la víctima queda prácticamente al margen de la conformidad y ésta puede suponer una quiebra de sus expectativas en la justicia²⁷.

9. Los delitos de terrorismo

Mención aparte merecen estos delitos, no solo por su gravedad sino por su importante incidencia en España²⁸.

Hemos visto las pequeñas concesiones que nuestro derecho procesal y penal admiten respecto al comportamiento del agresor dirigido a reparar el daño a la víctima, a arrepentirse, pues finalmente cabe analizar qué efectos dar a la colaboración con la justicia para el esclarecimiento de los hechos delictivos.

²⁶ BORJA JIMÉNEZ, E., Conformidad y mediación penal. Conformidad con y sin mediación. MEJÍAS GÓMEZ, Coord. Conformidad y mediación en el proceso penal. Madrid, Cuadernos Digitales de Formación nº 5-2008 CGPJ, 2009, pp. 1-46

²⁷ *Op. cit.*, p. 3 BARONA VILAR, S., p. 299

²⁸ CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura. Parte Especial volumen II. Madrid, COLEX, 1997 pp. 279 -280

En los años ochenta se empezó a valorar la colaboración con la justicia, con el arrepentimiento como figura atenuadora de la pena para los miembros de las bandas terroristas y organizaciones criminales que quisieran abandonar las actividades delictivas y además ayudar en la investigación criminal.

Ello viene recogido artículo 579.4 del Código Penal donde se recoge la posibilidad de valorar el arrepentimiento activo como atenuación específica. En mi opinión, no se dan los requisitos propios de la justicia restaurativa, se prescinde de la víctima, es una decisión de política criminal que beneficia a toda la sociedad, aunque hay autores que opinan que subyace una compensación moral a la víctima.

Diferente es el artículo 90 del mismo texto legal, donde la petición de perdón a la misma, supone en estos delitos de terrorismo, un signo de reinserción social para poder obtener la libertad condicional. Entra dentro de lo que es la justicia restaurativa, si bien, no faltan voces que critican que se ha optado por un criterio moralizante e inadecuado por el momento en el que acontece, durante el tratamiento penitenciario, donde únicamente se debería valorar la evolución de la conducta del sujeto.

Por último la reforma del Código Penal Ley Orgánica 1/2015, que entrara en vigor el 1 de julio de 2015²⁹ concibe a la libertad condicional como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. Unido a ello, se ha introducido un nuevo artículo 92.2 en relación a la prisión permanente revisable y su suspensión en estos delitos, semejante en cuanto a los requisitos al artículo 90 (subrayado es propio):

Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

V. VÍCTIMA Y MEDIACIÓN PENAL: DE *LEGE FERENDA*

Inicio este apartado, siguiendo lo expuesto en el anteproyecto de la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁰ y en las distintas experiencias pilotos³¹ llevadas a cabo por el

²⁹ *Op. cit.* p. 6

³⁰ *Op. cit.* p. 6

Consejo General del Poder Judicial. A través de este último, desde la inicial en el año 1993 en Valencia hasta hoy, en las distintas Comunidades Autónomas. Estos esfuerzos de los órganos judiciales para dar entrada a la mediación, se han desarrollado dado el vacío legal, dentro de un sistema penal rígido, sin habilitación legal, espaciando tiempos de señalamiento, buscando suspensiones y transformando procedimientos urgentes en menos urgentes, donde la acusación penal dependa de la víctima o el perdón de ésta pueda neutralizar la acción penal³².

CERVELLÓ DONDERIS (2013)³³ opina que estos programas han sido y son muy variados, si bien concluye que los asuntos mediados son al final del mismo tipo de delitos, generalmente conflictos familiares o vecinales, de poca importancia o faltas. La razón, ser situaciones en las que es preferente reducir la agresividad y conflictividad con el fin de mantener las relaciones personales.

Retomo el futuro Código Procesal Penal³⁴, éste contiene una definición y unas notas básicas, así como una remisión amplia a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁵.

Define la mediación penal, como el procedimiento de solución del conflicto, entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo (artículo 143). No hay que perder de vista que ese dialogo busca un acuerdo que resuelva el conflicto, ello supone que la víctima sea reparada y que el infractor asuma su responsabilidad.

Sus principales características:

- Es el ministerio fiscal quien comunica a la víctima, directamente o a través de la oficina de atención a las mismas, el deseo del infractor de someter el conflicto a mediación. Ello siempre que el ministerio público no lo considere inadecuado por razón de la naturaleza del hecho.
- El mediador o la institución de mediación comunicarán al fiscal el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado.

³¹ Véase sobre estas iniciales experiencias pilotos: en el País Vasco a ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., Las Administraciones Públicas y la mediación penal. Cuadernos Digitales de Formación nº 21 La mediación penal CGPJ, 2008, pp. 1-11, y en Valencia, op. cit, p. 3 BARONA VILAR, S., pp. 300 a 302

³² GUARDIOLA GARCÍA, J., Módulo III. Marco legal de la Mediación Penal. Valencia, Alfa Delta Digital, 2014, p. 84

³³ CERVELLÓ DONDERIS, M. V., Módulo IV. Características de la Mediación Penal. Valencia, Alfa Delta Digital, 2013, pp. 51-87

³⁴ Op. cit. p. 6

³⁵ Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal. Boletín Oficial del Estado, 11 de octubre de 2011. (Verificado 29.05.2015) <http://www.boe.es/boe/dias/2011/10/11/>

- Cuando el fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal, si lo considera oportuno, podrá suspender las diligencias de investigación mediante decreto.
- El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.
- La mediación penal será siempre gratuita.

De dicha regulación se puede extraer que se está pensando en una mediación intrajudicial, para delitos y faltas que permitan un diálogo entre sus protagonistas, víctima y victimario. El propio artículo 145 permite al ministerio público, si lo cree oportuno, acordar la suspensión de las diligencias de investigación.

En cuanto a los actores, se apuesta como intérprete principal en la dirección de la mediación penal por el ministerio fiscal. En la situación actual y en la mayoría de las experiencias pilotos llevadas a cabo en España, quién ha decidido si procede o no la mediación, ha sido el juez, derivándolo, tras oír a las partes, hacia el equipo de mediación o al mediador. En los países de nuestro entorno se encomienda, como en el anteproyecto, al ministerio público, incluso a la policía en el Reino Unido. Conviene hacer una puntualización, este texto articulado pretende que la instrucción sea realizada por el ministerio público.

El ministerio fiscal seleccionará los casos que pueden salir del ámbito propio de la investigación criminal, si lo considera adecuado por la naturaleza de los hechos. Ello deberá obedecer en mi opinión: primero, al ámbito de aplicación de la mediación penal; segundo, a constar una situación de esclarecimiento de los hechos junto a una voluntad del infractor de someterse a mediación, lo que supone indiciariamente una asunción de su responsabilidad en los hechos; y tercero, una correcta información para la víctima y su voluntad de mediar el conflicto.

En opinión de GUARDIOLA GARCÍA (2014)³⁶ dicha regulación resulta decepcionante, porque salvo sentar el principio de gratuidad de la mediación y garantizar un verdadero secreto profesional, se limita a prever que el Ministerio Fiscal pueda vetar la voluntad del infractor de someterse a mediación en razón de la naturaleza del hecho, a canalizar las comunicaciones a través de la Oficina de Atención a las Víctimas, y a remitir a distintos preceptos de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles

³⁶ *Op. cit.*, p. 15 GUARDIOLA GARCÍA, J. pp. 88-94

Detengámonos en el ámbito de aplicación. El anteproyecto nada dice, simplemente esa adecuación citada. La decisión Marco y posteriormente la Directiva europea dejan libertad a los estados miembros sobre qué tipos de delitos o/y faltas puedan ser sometidas a mediación. Únicamente en España, está vedada la mediación en los delitos de violencia de género, artículo 44.5 de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género³⁷, consecuentemente, el artículo 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Siguiendo a ECHANO BASALDUA (2013)³⁸, la mayoría de los autores se muestran de acuerdo en que el ámbito de aplicación más apropiado es el de las faltas y los delitos de penas menos graves (hasta 5 años artículo 33.3 del Código Penal) y, que son más fáciles los acuerdos en los delitos y faltas patrimoniales que en los violentos. Los supuestos más debatidos son, los delitos de peligro abstracto, los delitos sin víctima personalizada y los delitos graves, incluido los del terrorismo.

En cuanto al resultado de dicha mediación, puede acabar con acuerdo o sin él. Obviamente si no hay acuerdo se alzaría la suspensión y continuaría la investigación. Si se logra un acuerdo el art. 146 del anteproyecto dispone en primer lugar, que ni el ministerio fiscal ni los tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, para seguidamente añadir, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza. La normativa europea deja igualmente libertad a la hora de tomar en consideración los acuerdos entre la víctima y el inculpado (así el antiguo artículo 10 de la Decisión Marco de 2001 y la Directiva de 2012 artículo 12). Por ello, a pesar de que la redacción del citado precepto a primera vista deja poco margen de discrecionalidad al ministerio público o a los tribunales, en aras del interés de la justicia cabría acordar el archivo o sobreseimiento de la causa, o seleccionar la pena o medida de seguridad más acorde a las circunstancias del hecho y del reo, o atenuar su responsabilidad, e incluso la suspensión de la pena. Para la víctima el acuerdo debería suponer, según la exposición de motivos, la obtención de una explicación del hecho, la petición de perdón y/o una pronta reparación.

³⁷ Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 2004. (Verificado el 29.05.2015) <http://www.boe.es/boe/dias/2004/12/29>

³⁸ ECHANO BASALDUA, J.I., Mediación penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción, Cuadernos penales José María Lidón, nº. 9, 2013, Madrid, CGPJ pp. 157 -204

Para finalizar este apartado, el Estatuto de la víctima de delitos, incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de ésta y el previo reconocimiento de los hechos esenciales y de su responsabilidad por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

VI. CONCLUSIONES

El reconocimiento más que positivo de la función protectora y preventiva del sistema penal, el monopolio del ejercicio de la justicia por parte del estado como superación de la justicia privada, unido a la crisis de la pena privativa de libertad por el fracaso de las ideas resocializadoras, y el mayor papel que las víctimas vienen reclamando frente al delito, han abierto el camino hacia una nueva política criminal, hacia otras vías de solución de conflictos, para intentar dar respuesta a todas las necesidades de los protagonistas del proceso penal: víctima, victimario y finalmente sociedad.

Es el momento de dar cabida a la justicia restaurativa y a uno de sus instrumentos: la mediación penal. Ésta permite el dialogo entre las partes, el infractor asume el delito, se responsabiliza y repara el daño, la víctima se siente protegida, se reduce la victimización secundaria, y para la Administración de justicia se mejora el servicio, se humaniza y se evitan las penas cortas³⁹.

Pero, ¿cuál es la realidad de la mediación penal en nuestro derecho? DEL MORAL GARCÍA⁴⁰ afirma: reconocimiento legal respecto de la responsabilidad penal de los menores, anomia en el proceso penal de adultos y prohibición en lo relativo a la violencia de género.

El futuro. Sin dudarlo, España debe regular la figura de la mediación penal y sus efectos, ello no solo porque la sociedad lo reclama, sino para dar cumplimiento a nuestros compromisos internacionales. A la vista de las disposiciones que se están tramitando, éstas, dan entrada a la mediación penal, si bien habrá que esperar a su aprobación, publicación y a

³⁹ *Op.cit*, p. 5 CAMARENA GRAU, S. p.87

⁴⁰ DEL MORAL GARCÍA, A., La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias. Madrid, Netbiblo, 2010, pp. 49-69

su desarrollo normativo para tener certeza sobre qué modelo procesal penal se dibuja⁴¹. Indiciariamente, de la exposición de motivos del proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de sus pocos artículos, la mediación que se regula es intrajudicial, controlada por los órganos jurisdiccionales, es un sistema compatible y complementario del modelo procesal (no alternativo), desarrollado por personas o instituciones independiente del poder judicial, obviamente con un método diferente, voluntario para víctima y agresor, donde se han condicionado sus efectos pero no su ámbito de aplicación, a salvo, la violencia de género.

En mi opinión no solo dicha futura regulación es a todas luces insuficiente, sino que además es una visión estrecha de esta institución y de sus posibilidades, es cierto que la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad, limitan enormemente su aplicación, pero creo que se puede apostar por soluciones del conflicto pre-procesales⁴², dando entrada al principio de oportunidad, sin que ello suponga una vuelta a la justicia privada, manteniéndose el control judicial o del ministerio fiscal, pensando en las pequeñas infracciones; debe valorarse el esfuerzo en reparar de manera completa o incompleta el daño producido a la víctima, incluyendo la posibilidad de reparaciones simbólicas, morales o de prestaciones sociales⁴³; debe ser voluntario el acuerdo alcanzado pero de obligado cumplimiento, con un eficaz aparato que lo vigile; finalmente, la mediación en materia de ejecución de sentencias, antes o durante la ejecución de la pena impuesta, y ello no solo desde la perspectiva del condenado también de la víctima, de la reconciliación y de la paz social, de la necesaria convivencia cuando la agresión delictiva se ha ocasionado en el ámbito familiar, vecinal o en los gravísimos actos de terrorismo. En definitiva, una mayor humanización y diálogo entre los protagonistas del sistema procesal.

⁴¹ Véase el hipotético proceso penal al que se vincularía el procedimiento mediador según ARMENGOT VILAPLANA, A., Módulo VIII. La Mediación en el Proceso Penal Español. Valencia, Alfa Delta Digital, 2013, pp. 65-84

⁴² Véase para una mejor comprensión de nuestro sistema procesal penal y el posible encaje de la mediación en él, si bien antes de los proyectos legales en ciernes a MARTÍN DIZ, F. La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia. Centro de documentación judicial, CGPJ, Madrid, 2009, pp. 301-392

⁴³ *Op. cit.*, p. 16 CERVERLLÓ DONDERIS, M. V., p. 87