

LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL

Juan Barallat López

Abogado penalista asociado del Despacho Cortes Abogados
Fiscal de la Audiencia Nacional en excedencia

RESUMEN

La idea de una «Justicia reparadora» en el ámbito penal, obtenida a través de la mediación, se ha abierto camino en las legislaciones penales más modernas, impulsada por las recomendaciones de los organismos internacionales.

En España, aun cuando la actual legislación presta cada vez más atención a la reparación de la víctima, tan solo está regulada una verdadera mediación penal en el enjuiciamiento de menores.

Por dicho motivo la próxima reforma procesal en España debería ampliar el ámbito de la mediación penal a mayores de edad en determinados delitos de escasa gravedad, siguiéndose en todo caso las recomendaciones de los organismos internacionales.

Palabras clave: *Justicia reparadora o restaurativa, Justicia retributiva, sancionadora o punitiva, mediación penal.*

ABSTRACT

The idea of «restorative justice» in the criminal field obtained through mediation has made its way into modern penal legislations, driven by the recommendations of international organizations. In Spain, even though the current legislation pays increasing attention to providing redress to vic-

Juan Barallat López

tims, a real penal mediation is regulated only in criminal prosecution of juveniles. Thus, the next procedural reform in Spain should expand the scope of penal mediation to adults for certain minor offenses, following in all events the recommendations of international organizations.

Key words: Restorative justice, retributive or punitive justice, criminal mediation.

SUMARIO

1. LOS CONCEPTOS DE JUSTICIA REPARADORA Y JUSTICIA RETRIBUTIVA.
2. LAS RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES PARA LA IMPLANTACIÓN DE MECANISMOS DE MEDIACIÓN PENAL.
3. LA MEDIACIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO.
4. LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA RESOLUCIÓN DE UN CONFLICTO DE CARÁCTER PENAL EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.
5. PRINCIPIOS BÁSICOS A LOS QUE DEBERÍA ATENDER UNA FUTURA LEGISLACIÓN EN ESPAÑA PARA REGULAR LA MEDIACIÓN PENAL EN DELITOS COMETIDOS POR INFRACTORES ADULTOS

1. LOS CONCEPTOS DE JUSTICIA REPARADORA Y JUSTICIA RETRIBUTIVA

Aun cuando el Derecho Penal tradicional es probablemente la rama del Derecho con un mayor contenido de *ius cogens* o Derecho imperativo, de tal manera que la exigencia de responsabilidad penal por los delitos se ha considerado una cuestión de orden público cuya persecución compete principalmente al Estado a través del ejercicio de su *ius puniendi*, que es una de las visibles expresiones de su soberanía, en las últimas décadas se han ido abriendo camino en la doctrina y en las legislaciones nuevas concepciones acerca de la vía más adecuada para recomponer el conflicto interpersonal originado con la comisión del delito.

Estas nuevas concepciones son conocidas en la Criminología y en la Ciencia Penal como «Justicia reparadora», «restauradora», «restaurativa» o «participativa», conceptos similares que se contraponen al de la «Justicia retributiva, sancionadora o punitiva», caracterizado por la preeminente preocupación del Estado en imponer al delincuente una sanción penal por su acción tras la tramitación de un proceso judicial contradictorio en el que, ante todo, ha de garantizarse el derecho de defensa.

Frente a esta concepción clásica de la pena y del Derecho Penal, la «Justicia reparadora» considera que el restablecimiento de la situación, alterada por el delito, ha de lograrse a través de dos principales elementos, la *reparación* de la víctima y la *reconciliación* de ésta con el delincuente, aspectos que la concepción clásica y estricta de «Justicia retributiva» considera secundarios respecto de la principal consecuencia penológica derivada del delito, sin prestarles la necesaria atención.

La razón principal por la que esta nueva concepción de «Justicia reparadora» ha gozado de una gran difusión en las últimas décadas y se ha ido insertando como mecanismo de resolución de controversias de carácter penal en muchas legislaciones es la constatación del escaso éxito que la aplicación de un concepto exclusivo de «Justicia retributiva o sancionadora» ha demostrado hacia la satisfacción de la víctima y hacia la readaptación y resocialización del delincuente.

Juan Barallat López

Se ha considerado por ello que un sistema procesal penal que incorpore, al menos para algunos casos de menor gravedad, mecanismos de mediación penal entre víctima y delincuente, aportaría tres significativas ventajas:

- a) En primer lugar, la mediación proporcionaría mayor protagonismo a la víctima que ha sufrido el delito en la resolución del conflicto, permitiéndola obtener una satisfacción moral por el delito y eliminando en gran medida su «victimización secundaria» durante el proceso judicial.
- b) En segundo lugar, implicaría directamente al delincuente en la reparación integral del daño originado por el delito, lo que facilita su comprensión y asunción del desvalor de su comportamiento criminal, el dolor provocado y las consecuencias negativas del delito para la víctima, aspectos necesarios de su resocialización y readaptación, al tiempo que favorece el bienestar de la comunidad.
- c) En tercer lugar, la mediación serviría de importante instrumento de agilización de un sistema penal atascado, pudiendo los tribunales concentrar sus esfuerzos en la investigación y enjuiciamiento de delitos más graves, para los que la mediación no fuera posible o conveniente.

2. LAS RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES PARA LA IMPLANTACIÓN DE MECANISMOS DE MEDIACIÓN PENAL

Por todas esas ventajas antes apuntadas numerosos organismos internacionales y supranacionales, como las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), el Consejo de Europa o la Unión Europea, han venido recomendando, desde finales de los ochenta, la incorporación de instrumentos de mediación penal entre víctima y delincuente en los sistemas legales nacionales.

Una de esas primeras recomendaciones podemos encontrarla en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos de 29 de noviembre de 1985, suscrita en el ámbito de Naciones Unidas, en la cual se instaba a los Estados la aplicación de mecanismos que faciliten la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

En el marco del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas destacan la Resolución ECOSOC 1999/26, de 28 de julio de 1999, sobre desarrollo y aplicación de medidas de mediación y de Justicia restauradora, que pone de manifiesto que los mecanismos de justicia tradicional no son capaces de brindar una respuesta rápida y efectiva a ciertos delitos menores; razón por la cual se

hace necesario evaluar la posibilidad de implementar otro tipo de procedimientos, como los de mediación y Justicia Restaurativa, que faciliten el encuentro entre víctima y ofensor, la compensación por los daños sufridos o la realización de servicios comunitarios por el delincuente. Siguiendo esta vía, una posterior Resolución ECOSOC 2002/12, de 24 de julio, señaló una serie de «principios básicos para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal», que señalan las directrices a las que deberían responder los procedimientos de aplicación de justicia restaurativa que complementen los sistemas judiciales penales tradicionales.

En el ámbito del Consejo de Europa es particularmente relevante, por su especificidad sobre la cuestión, la Recomendación (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal¹, la cual define este tipo de mediaciones «como todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si lo consienten libremente, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)²», y recomienda que la normativa de los Estados facilite la mediación en asuntos penales, para lo cual esta normativa debería regular su uso, las condiciones para la remisión de casos al servicio de mediación y su tratamiento posterior a la consecución de un acuerdo entre la víctima y el delincuente.

El Consejo de la Unión Europea, por su parte, también ha alentado a los Estados miembros, en su Decisión Marco, de 15 de marzo de 2001, a impulsar este tipo de mediaciones penales «*para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas*» (artículo 10 de la Decisión), mediaciones que han de orientarse a «*la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente*».

¹ Anteriormente las Recomendaciones (85) 11, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho y del proceso penal, y (87) 21, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización, venían también propugnando el estudio y la experimentación de mecanismos de mediación en materia penal. Asimismo el Consejo de Europa (a través de una de sus subcomisiones y grupos de trabajo, la denominada Comisión Europea para la Eficiencia en la Justicia —CEPEJ—) elaboró en diciembre de 2007 una «Guía para una mejor implementación de las recomendaciones concernientes a la mediación en materia penal», establece interesantes sugerencias a partir de la experiencia recogida de los sistemas de mediación penal actualmente existentes en Europa.

² «...any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)».

Juan Barallat López

3. LA MEDIACIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO

Los primeros Estados de la comunidad internacional que han implantado en sus sistemas legales procedimientos y programas de implantación de «Justicia reparadora» son aquellos de tradición jurídica anglosajona e influencia del *Common Law*, como Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia, Inglaterra o País de Gales, debido fundamentalmente a que en estos ordenamientos, a diferencia de los sistemas jurídicos denominados continentales, rige con menor rigor que el principio de legalidad de los delitos y las penas, y tiene en cambio mayor autonomía el principio de oportunidad, que permite dejar de aplicar la sanción al hecho definido como delito en determinados casos, por razones de utilidad o conveniencia para la comunidad.

Ello no obstante, otros Estados ajenos al ámbito de influencia del Derecho anglosajón, como es el caso —y en diferentes medidas— de Alemania, Francia, Bélgica, Noruega, Austria, Suiza, Italia, Holanda, Finlandia, Eslovaquia, Chile o Colombia, también han incorporado a sus sistemas legales procedimientos o medidas de Justicia Reparadora y de mediación penal para resolver determinados conflictos.

Esta diferenciación entre sistemas legales influenciados por el *Common Law* y sistemas denominados continentales en los que funcionan procedimientos de mediación penal permite clasificar estos procedimientos en dos grupos:

- a) Aquellos en los que el acuerdo obtenido en la mediación penal constituye una sanción punitiva autónoma y preferente a la sanción judicial, de forma que esta última solo entra en juego en caso de incumplimiento del acuerdo alcanzado en la mediación o de imposibilidad de llegar a tal acuerdo, y
- b) Los sistemas que atribuyen a la reparación efectuada por el autor, en el marco de una mediación, efectos de atenuación o exoneración de la sanción penal impuesta por un Tribunal conforme a lo previsto en la legislación.

4. LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA RESOLUCIÓN DE UN CONFLICTO DE CARÁCTER PENAL EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Nuestro Derecho Penal y Procesal regula determinados trámites que, en atención a la menor gravedad del delito perpetrado y a las circunstancias de haber sido indemnizada la víctima y/o haberse producido su reconciliación con el

delincuente, puede no llegar a iniciarse un procedimiento penal, sobreseerse uno ya iniciado, atenuarse la sanción a imponer, o acordarse la inejecución, suspensión o modificación de una sanción penal ya impuesta.

Ahora bien, como veremos seguidamente, y a excepción de lo que al efecto establece la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Ley del Menor), ninguna de estas posibilidades constituyen verdaderos actos de mediación penal entre víctima y delincuente, tal y como esta debiera configurarse de acuerdo a las recomendaciones y resoluciones establecidas por organismos internacionales.

Sí podemos considerar, en cambio, un verdadero supuesto de mediación el que contempla la Ley del Menor, cuya Exposición de Motivos³ destaca relevancia que esta regulación otorga al resarcimiento anticipado y a la «*conciliación entre el infractor y la víctima*» en aras de favorecer la educación y resocialización del menor y la finalización del conflicto jurídico iniciado a causa de la infracción. Para este objetivo la ley facilita «*un uso flexible del principio de intervención mínima*» que permite, según los casos, la no apertura del procedimiento, el sobreseimiento del expediente iniciado o la finalización del cumplimiento de la medida impuesta.

No obstante esa previsión de la Exposición de Motivos de la Ley del Menor, esta norma no se refiere a la conciliación entre víctima y menor infractor al regular los supuestos de desistimiento de la incoación del expediente (artículo 18), sino que regula su eficacia en el artículo 19⁴, dedicado al «sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima». Con-

³ El apartado 13 de la Exposición de Motivos señala de forma muy gráfica a este respecto lo siguiente a propósito de la conciliación entre la víctima y el delincuente:

«Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado».

⁴ Tanto el artículo 18 como el artículo 19 de la Ley del Menor fueron modificados por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que ningún avance introdujo en la ley en relación con la mediación penal.

Juan Barallat López

forme a lo que se dispone en este artículo, el Ministerio Fiscal puede desistir de la continuación del expediente, siempre que el hecho imputado al menor constituya falta o delito menos grave⁵, y no concurren violencia o intimidación graves en la comisión del hecho, cuando el menor se haya conciliado con la víctima, haya asumido el compromiso de reparar el daño causado o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe⁶.

El artículo 52.3 de la Ley del Menor, por su parte, se refiere a la conciliación del menor con la víctima una vez ya ha sido impuesta por el Juez una medida sancionadora, facultando en tal caso al Juez de Menores para dejar sin efecto la medida si el periodo de sanción cumplido «expresa suficientemente el reproche» que merecen los hechos cometidos⁷.

⁵ Es decir aquel al que el Código Penal asocia una pena de multa o prisión o privación de derechos hasta cinco años, artículo 33.3 CP.

⁶ Establece el artículo 18 de la Ley de Responsabilidad de los Menores lo siguiente:

«1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente solo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y esta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

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

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

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

⁷ Según el apartado 3 del artículo 52 de la Ley de Responsabilidad de los Menores, «la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el art. 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando 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, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor».

Interesa destacar que el artículo 19 contiene concretas previsiones legales con respecto al procedimiento a seguir en la mediación y al contenido del acuerdo de conciliación que se logre:

- a) Las funciones de mediación entre el menor y la víctima son realizadas por el equipo técnico adscrito a la Fiscalía o el Juzgado de Menores, el cual, según establece la Ley, depende orgánicamente de la Administración Central o de la Comunidad Autónoma correspondiente, pero funcionalmente del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Menores, y se integra por profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas. En relación con su autonomía para realizar esta función de mediación, la Disposición Adicional Tercera de la Ley establece que «actuarán bajo los principios de independencia, imparcialidad y profesionalidad».

Este mismo equipo técnico es el que ha de informar, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la conveniencia de la conciliación o reparación sustitutiva del mismo, con indicación expresa del contenido y la finalidad de estas (artículo 27.3).

- b) El acuerdo de conciliación ha de contener un expreso reconocimiento del daño causado por el menor infractor y una solicitud aceptada de disculpa de este ante la víctima, y debe también referirse a la forma de indemnizar a la víctima o a la asunción de un compromiso de realizar determinadas acciones en beneficio de la víctima o de la comunidad.

Si la víctima de la infracción es menor de edad o incapaz, el compromiso de reparación debe ser asumido por su representante legal, con la aprobación del Juez de Menores.

- c) Una vez producida la conciliación y cumplidos los compromisos de reparación asumidos, o cuando estos no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.
- d) En el caso de que el menor no cumpla voluntariamente los compromisos asumidos, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

Vemos, por tanto, que el acuerdo entre víctima e infractor regulado en la Ley del Menor es el resultado de un procedimiento de mediación desarrollado por un organismo técnico independiente y distinto del Juez que ha de conocer del procedimiento jurisdiccional, acuerdo que una vez adoptado sustituye a cualquier eventual sanción judicial, por lo que este tipo de mediación cumple las

Juan Barallat López

previsiones establecidas en las recomendaciones internacionales para considerarla una verdadera mediación penal.

Pero, como antes adelantábamos, fuera del ámbito de la responsabilidad penal de los menores, las referencias que contiene la legislación procesal y penal de adultos a la reparación de la víctima y al perdón o reconciliación con el delincuente no constituyen verdaderos supuestos de mediación penal.

Un reflejo embrionario de lo que pudiera ser una mediación en el ámbito penal podemos encontrarlo en la exigencia de previo acto de conciliación entre las partes como requisito de procedibilidad para la admisión a trámite de una querrela por delitos de persecución privada⁸ de injurias o calumnias, regulado en el artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹.

Aun cuando la finalidad de este acto de conciliación es, obviamente, favorecer un posible arreglo o acuerdo entre las partes que resuelva el conflicto y haga innecesario un proceso penal y una eventual sanción, tal «acto de conciliación» es solo mediación penal en apariencia, pues ni se lleva a cabo ante un árbitro o mediador imparcial y no judicial, ni la actuación del Juez va más allá de constatar que el acto de conciliación ha tenido lugar con o sin asistencia o avenencia de las partes, de tal manera que para la ley lo mismo da que haya habido o no avenencia o que no haya acudido el conciliado; ni siquiera se entra a valorar si el reconocimiento de hechos propuesto para la «conciliación» es en sí mismo asumible. Consecuentemente, dicho acto de conciliación tal y como está regulado no sirve en el momento actual como mecanismo de resolución de conflictos, inclinándose la doctrina por suprimir su exigencia.

Puede asimismo considerarse si los supuestos en que el Código Penal exige denuncia del ofendido o perjudicado para el inicio del procedimiento penal (delitos denominados semipúblicos) entrañan en sí mismos una posible mediación penal, en la medida en que, en tanto no media denuncia, víctima y ofensor pueden alcanzar acuerdos que resuelven el conflicto antes de que el procedimiento penal se hubiera iniciado, evitando la denuncia, el procedimiento y la imposición de una eventual sanción.

⁸ Por excepción son delitos perseguibles de oficio, y por tanto no se requiere la presentación de querrela o denuncia, la injuria y calumnia contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, artículo 215 CP.

⁹ Señala este artículo 804 LECrim que «no se admitirá querrela por injuria o calumnia inferidas a particulares si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado sin efecto». En idéntico sentido, el artículo 278 LECrim indica que «si la querrela tuviere por objeto algún delito de los que solamente pueden perseguirse a instancia de parte, excepto el de violación o raptó, acompañará también la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación entre querellante y querellado».

A este respecto hemos de decir que aunque esa posibilidad — alcanzar un acuerdo extrajudicial previo a la presentación de denuncia— existe, la falta de regulación del acuerdo que se pudiera alcanzar no solo impide considerar éste fruto de una mediación penal aceptable y respetuosa con los derechos de las partes, sino que incluso el eventual acuerdo que se alcanzara carecería de garantías para hacer efectivo su cumplimiento, de manera que ni se impediría que el procedimiento penal pudiera iniciarse tras la posterior formulación de denuncia (pese al acuerdo) ni se dotaría al mismo de la eficacia necesaria para exigir ante la jurisdicción penal el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

También se ha mencionado en la doctrina, como un posible supuesto de mediación, la regularización fiscal a la que se refiere el artículo 305 del Código Penal al tipificar el delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social¹⁰, en la medida en que la reparación completa de los perjuicios irrogados a la víctima (en este caso la Hacienda Pública y la Seguridad Social) actuaría como acuerdo o conciliación entre las partes para resolver el conflicto. Ello no obstante, nuevamente hemos de incidir aquí en que en este supuesto ni se realiza acto de mediación alguna por un tercero imparcial, ni se señalan unas mínimas garantías que impidan que en las negociaciones llevadas a cabo se han llevado a cabo presiones no aceptables por una de las partes.

Existen asimismo en la regulación procesal otros supuestos en los que la reparación de la víctima puede incidir para atenuar, extinguir o modificar la sanción impuesta. Tales supuestos son los siguientes:

- a) La regulación en el Código Penal de la circunstancia atenuante 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»* (artículo 21.5 CP),

¹⁰ Señala el artículo 305 del Código Penal —conforme a la redacción vigente en el momento de la redacción de estas líneas— lo siguiente:

«Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración Autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria».

Juan Barallat López

de cuya aplicación se derivan claros efectos atenuantes de la sanción para el autor del delito derivados de la reparación a la víctima.

- b) La regulación de la conformidad del acusado con los hechos (artículo 779.1.5.º LECrim) o con la pena (artículo 787 LECrim) solicitada por las acusaciones como forma de evitar el enjuiciamiento, en cuanto supone un reconocimiento de la culpabilidad y de la sanción y por ello una cierta reparación moral de la víctima que se traduce en la imposición de una pena consensuada.
- c) La concesión de efectos extintivos de la responsabilidad penal al perdón otorgado por la víctima al autor, que el Código Penal admite únicamente en determinados casos¹¹.
- d) La relevancia que se otorga al «esfuerzo para reparar el daño causado» realizado por el condenado no habitual para la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 88.1 CP).
- e) La regulación, como requisito para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, de la previa satisfacción de las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo supuestos de imposibilidad (artículo 81 CP).
- f) La relevancia que el Código Penal otorga a la «*petición expresa de perdón a las víctimas del delito*» o a la actuación dirigida a «*atenuar los efectos de su delito*» para la concesión de la libertad condicional (artículo 90 CP), así como a la participación del penado en «*programas de reparación de las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación*» para el adelantamiento de la libertad condicional (artículo 91.2 CP).

Siendo indudable que todas estas previsiones legales otorgan un particular amparo a las víctimas de los delitos, al tiempo que facilitan la reparación de los perjuicios irrogados, y que fomentan el arrepentimiento y la reconciliación del autor del delito con la víctima y la sociedad, llama la atención la falta de regulación de cualquier tipo de trámite que favorezca la búsqueda desde un inicio de «una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente», tal y como define la mediación la

¹¹ Señala al efecto el artículo 130.5.º CP que «*el perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el Juez o Tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla*». Como supuestos a los que se otorga eficacia al perdón podemos mencionar los delitos de descubrimiento y revelación de secretos —artículo 201 CP—, los de injuria y calumnia —artículo 215 CP— los delitos de daños — artículo 267 CP— o las faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada —artículo 639 CP— .

Decisión Marco de 2001 antes mencionada, por lo que debemos concluir este apartado señalando que, aun cuando existen en nuestro ordenamiento actual diversas previsiones legales que favorecen la reparación a la víctima y el reconocimiento de los perjuicios causados por la acción del autor, no se han arbitrado en nuestra legislación, al margen de las previsiones de la Ley del Menor, instrumentos que faciliten el arreglo negociado entre las partes como medio de resolución de los conflictos surgidos con ocasión de la comisión de un delito, y que la experiencia adquirida en otros países demuestran su eficacia y su efecto dinamizador sobre el conjunto del sistema penal.

5. PRINCIPIOS BÁSICOS A LOS QUE DEBERÍA ATENDER UNA FUTURA LEGISLACIÓN EN ESPAÑA PARA REGULAR LA MEDIACIÓN PENAL EN DELITOS COMETIDOS POR INFRACTORES ADULTOS

Expondremos a continuación aquellos aspectos que una futura regulación en España de la mediación penal con el consentimiento de la víctima¹² que tenga como base un hecho delictivo perpetrado por un adulto (excluyendo por tanto la aplicación de la Ley del Menor) debe recoger al menos las siguientes previsiones, a la vista de la experiencia adquirida en otros países, las particularidades del sistema legal español y las directrices y principios básicos para la aplicación de medidas de mediación en materia penal recogidos tanto en la Resolución ECOSOC 2002/12, de 24 de julio, como la Recomendación (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de septiembre de 1999:

1.º) La legislación procesal debería únicamente contemplar como supuestos de mediación penal aquellos en que esta se revele en abstracto como un re-

¹² En el momento de la redacción de estas líneas se ha anunciado por el Ministro de Justicia en una respuesta a una pregunta oral en el Senado (Diario de Sesiones de las Cortes Generales, Senado, n.º 36 de 23 de octubre) que la futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducirá una regulación sobre «la mediación en el orden penal siempre que cuente con el consentimiento de la víctima», como uno de los «procedimientos alternativos que agilicen el funcionamiento de la Administración de Justicia». En concreto, la referencia —excesivamente inconcreta— a la mediación penal fue la siguiente:

«(...) Cabe citar también algunas modificaciones importantes que ya he enunciado, como la desaparición de las faltas. Le recuerdo a usted que de los 9 millones de asuntos judiciales que tenemos en España 6,5, es decir el 72%, corresponden al orden penal. Vamos a hacer procedimientos alternativos. Vamos a introducir, señoría —y esto es una novedad importante—, la mediación en el orden penal, lo cual exigirá una responsabilidad siempre con participación de la víctima, pues será necesario su consentimiento. Vamos a introducir también formas alternativas al cumplimiento de la pena. Vamos a dotar a los fiscales de la posibilidad de acordar la conformidad de cara a un régimen más ágil; permitir acuerdos entre la acusación y la defensa, de forma que se reconduzca parte de la delincuencia hacia sistemas de conformidad o, en su defecto, hacia el enjuiciamiento inmediato (...).»

Juan Barallat López

curso apropiado para su resolución, de tal manera que los demás casos se investiguen desde un inicio y sentencien conforme a los procedimientos judiciales ordinarios.

A este respecto consideramos que la mediación no es un medio adecuado de resolución de conflictos respecto de delitos graves, delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos (como los delitos contra el medio ambiente, debido a la inexistencia de una concreta víctima que consienta la mediación) y los delitos violentos, incluyendo en ellos los delitos contra la libertad sexual y exceptuando los delitos de lesiones. Respecto de estos últimos la experiencia demostrada en otros países (así, en Alemania, Austria o Australia, *verbi gratia*) pone de manifiesto el éxito de la mediación en la resolución de conflictos y en la reconciliación del delincuente con la víctima y la sociedad. El motivo para excluir los delitos violentos, incluyendo los delitos contra la libertad sexual, y los delitos graves del ámbito de la mediación es la peligrosidad de estas conductas, que determinan la inconveniencia de la mediación para el tratamiento del delincuente.

De igual modo estimamos inconveniente la resolución de conflictos por mediación cuando el infractor es delincuente habitual, debido a la escasa probabilidad de reinserción que puede brindar la reconciliación con una concreta víctima en estos supuestos.

Teniendo en cuenta esas ideas, estimamos que los ámbitos de relaciones interpersonales más idóneos para que los hechos delictivos cometidos en los mismos puedan ser resueltos por mediación entre la víctima y el infractor son los de relaciones vecinales y laborales, así como el ámbito de las relaciones familiares, siempre que en éste se excluyan los delitos de violencia contra la mujer, en atención al específico tratamiento y protección de que ya son objeto.

Los tipos penales que consecuentemente pueden considerarse en abstracto más susceptibles de su resolución por mediación podrán ser los siguientes:

- a) Delitos contra el honor (injurias y calumnias entre particulares).
- b) Delitos menos graves de lesiones.
- c) Delitos patrimoniales de hurto, robo con fuerza, daños, estafa, apropiación indebida y defraudación, siempre que sean menos graves y el infractor no tenga la consideración penal de delincuente habitual.
- d) Delitos de imprudencia con resultado de lesiones, daños o incluso muerte, en determinadas circunstancias que justifiquen la idoneidad de la mediación.

e) Delitos perseguibles previa denuncia de la víctima, ofendido o perjudicado, a excepción de los delitos contra la libertad sexual.

2.º) La normativa debería asimismo exigir que para remitir un caso a la mediación han de existir *ab initio* poderosos indicios de la comisión del hecho delictivo y de la participación del que va a someterse a mediación, pues en otro caso la mediación puede retrasar más la resolución del conflicto que agilizarlo.

3.º) La normativa ha de contemplar que la mediación solo debe tener lugar si las partes (víctima y delincuente) libremente lo consienten, lo que implica tres exigencias legales distintas:

- a) La mediación no debe proceder si cualquiera de las partes principales no es capaz de comprender el significado del proceso.
- b) Antes de aceptar la mediación, las partes deberían estar plenamente informadas de sus derechos, la naturaleza del proceso de mediación y las posibles consecuencias de su decisión.
- c) Ni la víctima ni el delincuente deben ser inducidos por «medios desleales» a aceptar la mediación.

4.º) Tanto la decisión de remitir un caso criminal a la mediación, como la evaluación de los resultados de esta deben corresponder en exclusiva a las autoridades de la Justicia Penal.

A este respecto, las disparidades evidentes en edad, madurez, capacidad intelectual o capacidad económica entre las partes deben tenerse en cuenta antes de que un caso se remita a mediación.

5.º) Los servicios de mediación han de ser disponibles para cualquier etapa del proceso, pudiendo remitirse a mediación asuntos tanto con carácter previo al inicio de una investigación judicial, como con antelación a la celebración de juicio oral o a la ejecución de la sanción penal.

6.º) Antes del comienzo de la mediación, el mediador debe ser informado de todos los hechos pertinentes del caso y estar provisto de los documentos necesarios por las autoridades judiciales competentes.

7.º) Debe contemplarse que los mediadores han de ejercer su función con autonomía de los órganos judiciales y de los Fiscales. Deben establecerse normas de competencia y normas éticas que han de cumplir los mediadores, y la legislación debe regular los procedimientos para la selección, formación y evaluación de los mediadores.

Juan Barallat López

Los mediadores han de haber sido conveniente formados previamente para la función que desarrollan, y demostrar buen juicio (sentido común) y habilidades interpersonales necesarias para la mediación (empatía).

8.º) En todo caso, la normativa debe asegurar que durante la mediación se apliquen las mismas garantías que en el procedimiento penal tienen la víctima y el imputado, en particular el derecho a la asistencia letrada y, en caso necesario, a la asistencia de intérprete.

9.º) Las discusiones y negociaciones durante la mediación han de ser confidenciales, y no deben ser utilizadas fuera de la misma o posteriormente, excepto si ambas partes así lo consienten; en particular la participación en la mediación no debe utilizarse como prueba de admisión de culpabilidad en actuaciones judiciales posteriores.

Como consecuencia de ello el acuerdo que se logre durante la mediación no debe revelar el contenido de las sesiones, ni expresar ningún juicio sobre la conducta de las partes durante la mediación.

10.º) La mediación debe ejercerse de manera imparcial, basándose en los hechos del caso y en las necesidades y deseos de las partes. El papel del mediador no es decidir la resolución adecuada al conflicto, sino ayudar neutralmente a los participantes a resolver por sí mismos el conflicto mediante el acuerdo.

El mediador siempre debe respetar la dignidad de las partes y asegurarse de que las partes actúen con respeto hacia los demás. La mediación debe realizarse en un ambiente seguro y cómodo.

11.º) El acuerdo debe siempre suscribirse por víctima y ofensor dentro de un plazo razonable, pasado el cual el caso debe pasar a la jurisdicción penal para su investigación y resolución.

El acuerdo ha de incluir un reconocimiento de los hechos básicos del caso y establecer sólo obligaciones y compromisos razonables y proporcionados.

12.º) Los acuerdos alcanzados en una mediación deben tener la misma ejecutividad y fuerza legal que las decisiones judiciales o sentencias que hubieran podido pronunciarse sobre el caso. En particular tales decisiones deberían tener efectos de cosa juzgada formal, de tal manera que estas decisiones impidan un enjuiciamiento posterior de los mismos hechos (*non bis in idem*).

13.º) En los supuestos en que no sea posible llegar a un acuerdo entre las partes, y en los casos de incumplimiento de una decisión de mediación, debe ser la autoridad judicial la que resuelva o, en su caso, ordene la ejecución del acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

«Mediación y cambio cultural. Hacia una nueva Filosofía penal». Conferencia de D. Lorenzo DEL RÍO, en las primeras jornadas técnicas de la Fundación Mediana, Puerto de Santa María (Cádiz), 20 de octubre de 2011. (<<http://es.scribd.com/doc/73355036>>)

«La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?». Patricia ESQUINAS VALVERDE. <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/285/275>>

«Referentes Internacionales sobre Mediación» <<http://www.cumbrejudicial.org/html-cumbres/>>.