

Los principios penales como criterio regulador de la selección de delitos mediables

VICENTA CERVELLÓ DONDERIS, UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Sumario: 1.- Recepción de la Justicia Restaurativa en el Derecho Penal 2.- Mediación penal y principios penales 3.- Modelos de selección de delitos. 4.- Propuesta delimitadora de delitos mediables

1.- Recepción de la Justicia Restaurativa en el Derecho Penal.

La mediación, como principal herramienta de la Justicia Restaurativa consistente en acercar las posiciones enfrentadas por un conflicto con la ayuda de un tercero imparcial, va abriéndose camino poco a poco en el ámbito penal, sorteando todo tipo de críticas expuestas por quienes son más reticentes a su recepción en este espacio jurídico punitivo. Su respaldo normativo se deriva de la Directiva del Consejo de Ministros de la Unión Europea de 15 de Marzo de 2001 relativa al Estatuto Europeo de la víctima en el proceso penal, que establecía la obligación de impulsar la mediación penal antes de Marzo de 2006, lo que hasta la fecha en España sólo se ha cumplido con la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor que recoge esta figura en sus artículos 19 y 51.3.

El nuevo modelo de Justicia Restaurativa supone una intersección entre el modelo tradicional de Justicia Retributiva basado exclusivamente en el castigo de los hechos delictivos y el modelo de Justicia rehabilitadora dirigido a facilitar la reinserción social del delincuente, proponiendo situar el conflicto como un lugar de encuentro entre víctima y agresor donde la pretensión no sólo es el castigo unilateral del delincuente o su readaptación social sino también proteger el interés de la víctima a través del reconocimiento del daño causado.

Tal pretensión deriva del protagonismo adquirido por ésta en la Victimología, ya que tanto la Criminología como el Derecho Penal se habían ocupado tardíamente de la víctima, en el primer caso por centrarse inicialmente en las causas del delito y características del delincuente, y en el segundo porque desde el siglo XIX se viene esforzando en asegurar los derechos y garantías del condenado frente al ilimitado poder de castigar del Estado. Con esta recuperación de la víctima se ha superado una larga etapa caracterizada por el propósito de apartarla del proceso y del Derecho Penal material y por su neutralización dirigida a contener sentimientos vindicativos y la exclusividad del carácter público de la potestad punitiva. Además, el fracaso del sistema punitivo tradicional, y en especial de la pena de prisión, que no sólo no ha conseguido sus pretensiones de reinserción social del delincuente sino que incluso ha aportado factores que aumentan las posibilidades de reincidencia a través de los efectos criminógenos de la privación de libertad, ha llevado a replantearse la viabilidad del sistema tradicional de penas y la apuesta por nuevos modelos punitivos, más próximos a la satisfacción de la víctima, que a la sociedad en general.

De esta manera, ante el fracaso del Derecho Penal tradicional para resolver los conflictos sociales se ha desarrollado la justicia restauradora como una vía de resolución de conflictos desde la conciliación, con la participación de agresores, víctimas y comunidad en general con la finalidad de restaurar la paz social, que en sus tesis más radicales abogan por la supresión del sistema punitivo por el etiquetamiento que produce el control social formal, mientras que en sus posiciones mayoritarias más moderadas sostienen que estos sistemas de reparación se deben integrar en el sistema formal y bajo control judicial.

Entre estos modelos, en Europa domina la tendencia a incorporar la reparación/mediación en el sistema penal desde una perspectiva garantista, bajo la supervisión de los órganos jurisdiccionales y con efectos que pueden variar desde concebirla como una sanción independiente, dotarla de efectos atenuatorios o valorarla en la sustitución y la suspensión de la pena; por ello los sistemas de Justicia Restaurativa en el ámbito penal han desembocado en un nuevo modelo de Justicia que propugna, a través de la mediación, que el acuerdo entre víctima y agresor contribuya a la pacificación social y a la prevención del delito, entendiendo el delito como un fenómeno interactivo entre delincuente

y víctima que aspira a facilitar un encuentro entre ambos del que pueda salir un acuerdo de conciliación reparadora satisfactorio para la víctima y apto para que al delincuente pueda obtener una consecuencia de su conducta delictiva, menos restrictiva que la pena, pero más eficaz y rehabilitadora, al ir unida a su voluntad de reparar el daño causado.

Esta visión es novedosa para el Derecho Penal teniendo en cuenta que su misión siempre ha sido precisamente limitar la intervención penal con una férrea protección de los derechos del delincuente frente al poder punitivo estatal, en el sentido de Von Liszt del Derecho Penal como Carta Magna del delincuente, lo que le ha valido el reproche por el abandono en el que siempre ha dejado a la víctima, sin embargo, como otros muchos códigos penales, el Código Penal español ha ido incorporando paulatinamente distintos planos de atención a la víctima como la obligación de oírlos antes de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos perseguibles a instancia de parte o la valoración del esfuerzo y/o cumplimiento de la reparación/indemnización en figuras como la sustitución de la pena de prisión, suspensión de la ejecución de la pena, tercer grado, libertad condicional, cancelación de antecedentes penales y circunstancia atenuante de reparación.

Todo ello son muestras de una creciente preocupación del legislador por mejorar la defensa de los derechos de la víctima y el reconocimiento de que su mayor intervención en el proceso y en la ejecución penal no cuestiona el carácter público del castigo sino que contribuye a un acercamiento de las posiciones enfrentadas por el delito, unido al convencimiento de que las soluciones mediadas que implican un reconocimiento de los hechos por parte del culpable contribuyen en mayor medida al objetivo de reinserción social que las soluciones meramente punitivas que hasta el momento han fracasado en dicho intento.

En este contexto el reto que se presenta al Derecho Penal es el de incorporar este nuevo modelo que atiende a los intereses de la víctima sin perder su propia naturaleza de un Derecho Penal respetuoso con los derechos y libertades y garante de los límites punitivos, teniendo en cuenta que uno de los problemas a los que se va a enfrentar la recepción de la mediación penal es su compatibilidad con el interés público de la gran mayoría de conductas delictivas y con la esencia punitiva de la sanción penal, lo que conduce a reflexionar sobre la compatibilidad o no del uso de acuerdo pactado entre las partes en todo tipo de delitos, sobre la quiebra o no que el acuerdo puede suponer con la finalidad punitiva del ius puniendi y sobre la disponibilidad que estamos dispuestos a otorgarle a la víctima en la resolución de un conflicto que tiene indiscutibles intereses sociales y de la comunidad, y que sólo debe plantearse desde una lectura rigurosa de los principios penales.

2.- Mediación penal y principios penales

Entre las críticas que se han vertido a la mediación penal uno de los temas fundamentales es su adecuación a los principios penales, ya que si va a actuar desde dentro del Derecho Penal debe regirse por sus principios generales, o al menos llegar a un nivel conciliable de respeto, ya que el Derecho Penal en definitiva es el que señala qué es delito, quién es el responsable del mismo, quién es la víctima afectada por la comisión del delito y cuáles son las consecuencias que deben imponerse por la comisión de dicha conducta delictiva, siempre teniendo en cuenta que la solución pactada a la que se llegue no forma parte del Derecho Penal por ser extrajudicial, aunque vaya a ser tenida en cuenta en la decisión judicial que establezca la sanción a imponer conforme a la previsión legal de la eficacia de los acuerdos alcanzados.

En esta aproximación de la mediación penal a los principios que rigen el poder punitivo del Estado, lo primero que hay que tener en cuenta es que el modelo de Justicia restaurativa, en cuyo seno se desarrolla la mediación penal, presenta algunas diferencias con el modelo tradicional de Justicia retributiva que han de ser tratadas con cierta cautela para no quebrar el sistema de garantías:

- a) El delito ya no se trata como una infracción de la norma penal sino como un conflicto social en el que se cruzan intereses diversos dentro de un proceso dinámico dentro de un sistema global.
- b) La responsabilidad ya no es tratada como un juicio individual del comportamiento, sino como una parte de un conjunto de circunstancias del medio social en el que los roles y los niveles de intervención son esenciales.
- c) Los protagonistas ya no son el agresor y el poder punitivo estatal, sino el agresor (victimario) y la víctima.
- d) Se abandona el sistema adversarial tradicional y se opta por un sistema de dialogo conducido por un mediador que debe promover la comunicación entre las partes.
- e) El control del procedimiento no reside sólo en el poder judicial, sino también en toda la comunidad en general.
- f) La finalidad del sistema no es tanto la persecución y castigo de delitos sino la resolución de conflictos a través de la asunción de responsabilidades y la reparación del daño.

A pesar de estas notables diferencias, sin embargo también hay importantes coincidencias ya que en los procesos de mediación se parte de que el delito no solo atañe a la víctima sino también a la sociedad en general, el delito no depende de la voluntad de la víctima en su persecución ya que mantiene su carácter público y los acuerdos no dependen sólo de la víctima sino que exigen la presencia de un mediador que debe respetar los principios legales. Esta correlación no sólo es correcta sino esencial en un espacio de dialogo generado para resolver un conflicto, por ello debe servir de instrumento para facilitar el mismo, pero sin quebrar los principios y garantías propios del marco del Derecho Penal en cuyo seno se ha desarrollado el conflicto, siendo necesaria la sintonía entre conflicto-delito, agresor-responsable penal, víctima-sujeto pasivo y acuerdo-consecuencia jurídica, que dirigida desde las técnicas y habilidades propias que la mediación utilice para conseguir el acercamiento de las posiciones enfrentadas, debe respetar en todo caso y moverse dentro de los principios y garantías penales por ser el pilar básico de un Estado de Derecho, lo que no debe tomarse como una limitación del uso de la mediación penal sino por el contrario, del encuentro de un espacio de compatibilidad que facilite su integración en el sistema y su utilización por los Jueces y Tribunales.

En este somero recorrido por la conciliación entre mediación penal y principios y garantías penales, el punto de partida deben ser los propios fines del Derecho Penal y de la pena que con la mediación penal siguen manteniendo su finalidad retributiva, por cuanto el acuerdo mediador puede integrarse en la consecuencia jurídica de la conducta delictiva, pero también se basa y orienta hacia la consideración del Derecho Penal como prevención, dado que el acuerdo que contemple el reconocimiento del daño y su reparación es a todas luces mucho más apto para la prevención de delitos futuros que el castigo meramente punitivo, desprovisto de efectos ulteriores a la mera compensación social del daño causado. Esto significa optar por la prevención especial como finalidad orientadora de la pena por cuanto el responsable del delito es el destinatario de los efectos de la pena en orden a la prevención de delitos futuros, pero también puede ser también conciliable con la prevención general integradora entendiendo como tal una sanción que cubre las expectativas sociales de protección, que implica a la comunidad sin limitarse a exigir un insaciable aumento de la penalidad ante la falacia de ser la única manera de proteger a la sociedad. Las teorías victimológicas de la pena por el contrario suponen una lectura unilateral de los fines de la pena desde la perspectiva de la víctima, que encuentra en la pena la única posibilidad de sobreponerse al delito otorgando una especie de derecho vengativo que resulta incompatible con las ideas de intervención mínima y prevención, lo que debe rechazarse y sustituirse por un Derecho penal respetuoso con los derechos de víctimas y delincuentes.

También con carácter previo, la mediación penal sirve al principio de subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal que exige limitar la intervención penal a los casos estrictamente necesarios y una vez en su seno optar por vías alternativas que permitan evitar los efectos nocivos del proceso y de la sanción, lo que nos puede llevar a entender que no es necesaria la respuesta penal o al menos la respuesta penal tradicional en aquellos casos cuya previa selección legal ponga en manos de las partes la posibilidad de su solución negociada, o bien en aquellos casos que se

dejen a la disposición de las partes bajo la consideración de que siempre que hay voluntad negociadora y de acercamiento, el Derecho Penal estrictamente punitivo debe quedar en un segundo plano para dejar paso al Derecho Penal reparador y preventivo.

Con estas premisas de última ratio y prevención especial como fundamento de la incorporación de la mediación penal, los principios penales pueden servir para delimitar la configuración de todos los elementos del espacio de dialogo, de esta manera el principio de legalidad debe determinar la intervención estatal a través de la previsión legal de la mediación, el principio de ofensividad puede ser el hilo conductor de la selección de delitos mediables, el principio de culpabilidad el orientador del alcance del acuerdo en relación a la responsabilidad penal del agresor, el principio de proporcionalidad el que guíe los intereses de la víctima de manera equilibrada y el principio de reinserción social el que fundamente la validez del acuerdo dentro de las consecuencias jurídicas adoptadas por la comisión de un hecho delictivo, pero a su vez todos estos principios tienen una especial relevancia y pueden servir de pauta en la delimitación del ámbito de aplicación de la mediación penal como se señala a continuación.

a) Principio de legalidad: El principio de legalidad en el ámbito penal actúa como garantía en la delimitación de las conductas delictivas y de las sanciones correspondientes al establecer que sólo la ley realiza la selección de conductas punibles y define las sanciones imponibles, lo que en ausencia del principio de oportunidad no deja muchas opciones al Ministerio Fiscal y al Juzgador en la valoración de la necesidad o no de la intervención penal, pero si permite que la ley recoja la valoración de los acuerdos entre las partes enfrentadas por un delito como criterio a tener en cuenta en la imposición de la pena y de las alternativas a la misma. Esto no debe conducir a considerar la mediación penal como un riesgo para el carácter público de la intervención penal ni de la consecuencia jurídica a aplicar, ni a permitir que suponga una privatización condicionada a la capacidad económica del agresor que pueda afrontar los costos del acuerdo reparador, ya que supone olvidar que la mediación no sólo tiene un contenido económico y que no son las partes las que deciden el castigo sino las que llegan a un acuerdo, que luego puede valorar el Juez en la sentencia, como ya ocurre en los delitos a instancia parte, la atenuante de reparación o la sustitución y suspensión de la pena.

En relación a la mediación penal en particular, el principio de legalidad criminal puede llevar a defender la necesidad de la previsión legal de los delitos susceptibles de mediación, sin embargo ello constreñiría en exceso las posibilidades de dialogo, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una figura con una naturaleza muy compleja que no debe confundirse con categorías estrictamente jurídicas como la conformidad, so pena de confundir ambas perdiendo la autonomía e idiosincrasia de la mediación. Ello sin embargo, no obsta a que sea necesaria la previsión legal de la mediación como una figura que debe encuadrarse en el proceso penal y que debe recoger en el Código penal sus consecuencias y efectos en la pena y en sus alternativas, todo en un marco de garantías y límites respetuosos con los principios penales.

b) Principio de ofensividad: La selección de delitos mediables y de víctimas aptas para la mediación penal tiene un indiscutible y prioritario carácter criminológico que debe sentar las reglas de qué tipo de hechos se prestan a la posibilidad de alcanzar acuerdos satisfactorios para las dos partes y qué tipo de víctimas son más propicias a los mismos o por el contrario es más desaconsejable que participen en el dialogo por no ser adecuado a su estado psicológico, su posición respecto al agresor o su vulnerabilidad. Sin embargo desde la óptica del Derecho Penal y respetando ese previo análisis criminológico, de lo que se trata es de poner en relación el conflicto con el principio de ofensividad para comprobar si la lesión o puesta en peligro de todo bien jurídico protegido puede ser suficientemente protegida con la solución a la que se llegue en el acuerdo mediador o por el contrario, algunos delitos por su gravedad o afcción a determinados bienes jurídicos merecen la máxima protección y con ello ser en todo caso protegidos con la pena, para ello hay que tener en cuenta que el principio de ofensividad sirve de garantía de intervención pero también de criterio delimitador de la gravedad de las conductas penales en función de los bienes jurídicos afectados, de su lesión o peligro, de la titularidad individual y colectiva de los mismos, de su disponibilidad o del carácter irrenunciable o no de los mismos, lo que lleva a entender que puede ser un criterio más a tener en cuenta pero no el principal que reside fundamentalmente en la disposición de las partes a dialogar.

c) Principio de culpabilidad: En general y como un mecanismo de protección de la presunción de inocencia, en los procesos de mediación se exige el reconocimiento de los hechos o al menos su responsabilidad respecto a los mismos, ya que es un elemento que contribuye a conseguir el equilibrio entre las partes, pero siempre garantizando que la declaración de culpabilidad obtenida en las sesiones de mediación que finalmente no consigan alcanzar el acuerdo no deben ser tenidas en cuenta por el Juez en el curso del proceso y deben ser protegidas por la obligación de su carácter confidencial.

Un supuesto específico se da en los delitos imprudentes donde la falta de voluntad de producir el resultado delictivo puede facilitar el acuerdo mediador por reflejar una menor culpabilidad del agresor y permitir una mayor comprensión de la víctima, y por su parte, en los casos de inimputabilidad de una de las partes se invalida la posibilidad de participar en los acuerdos por ser un requisito indispensable la plena capacidad de la voluntad.

d) Principio de proporcionalidad: En primer lugar hay que tener en cuenta en relación al principio de proporcionalidad, que en su exponente de prohibición de exceso sirve al principio de oportunidad en la medida en que los delitos mediables pueden suponer una retirada del proceso formal, no sólo en el sentido exclusivo de diversión sino de facilitar que las partes, cuando haya expectativas de acuerdo, puedan evitar los inconvenientes del procedimiento estrictamente punitivo que genera insatisfacción a la víctima al no encontrarse suficientemente protegida y también al agresor que no se identifica con la pretensión punitiva.

En su vertiente de proporcionalidad estricta se garantiza que la pena sea adecuada a la gravedad del delito y a la responsabilidad del delincuente, pero a ello debe unirse la exigencia de que también sea adecuada a las expectativas de resarcimiento de las víctimas, siempre que la proporcionalidad actúe como límite máximo de intervención pero no necesariamente como límite mínimo, es decir sería válida una reparación inferior al daño producido pero en ningún caso una superior a éste. Para que los acuerdos sean respetuosos con el principio de proporcionalidad se debe exigir que el dialogo haya alcanzado beneficios para ambas partes, para la víctima especialmente porque tiene la posibilidad de expresar el impacto que ha producido en ella el delito lo que facilita su solución y con ello que el grado de satisfacción sea mayor al que hubiera alcanzado en el proceso, pero también para el delincuente porque facilita la asunción de la responsabilidad por el hecho y las posibilidades de su reparación. En este contexto debe rechazarse la consideración de la mediación como una solución benévola para el agresor ya que contempla un compromiso y obligación de reparación que especialmente en los casos en los que se incorpora a la suspensión de la ejecución de la pena, supone sin duda un plus a la mera excarcelación.

Para que este equilibrio entre las partes sea proporcionado en el sentido de aceptado mutuamente por las mismas como algo beneficioso y suficientemente valorado jurídicamente, es imprescindible la voluntariedad con la que lo hayan alcanzado, lo que le separa claramente de la responsabilidad civil donde el Juez de manera unilateral establece lo que considera que puede compensar los daños sufridos por la víctima sin necesidad de valorar el conflicto, la posición entre las partes, y la visión diferenciada del agresor y de la víctima.

e) Principio de igualdad: en relación a este principio se dan dos manifestaciones: la igualdad entre las partes y la igualdad entre los acuerdos tomados por partes diferentes. En el primer sentido el mediador debe garantizar el equilibrio entre ambas partes, lo que se debe analizar en cada delito en particular y no en grupos delitos como ha hecho la L.O. 1/2004 con la violencia de género, que sin valorar la disposición o no de las partes al dialogo parece presumir la superioridad de una de ellas sobre la otra para negar en cualquier caso la posibilidad de acuerdos. En cuanto al segundo aspecto sin ninguna duda se darán soluciones distintas por delitos iguales o similares en función de la disposición de las partes (víctimas reticentes, agresores insolventes...), o incluso acuerdos en delitos graves y no en delitos menos graves, pero es que además dependerá de la decisión judicial su reflejo en la sanción y de los distintos protocolos existentes en los servicios de mediación, todo ello es consecuencia del protagonismo que toman las partes en el acuerdo y del reflejo de la escasa rigidez de la igualdad.

Como elemento correctivo de estas posibles diferencias atribuibles al no entendimiento entre las partes, en el caso de la víctima se puede compensar con los contenidos de la responsabilidad civil y la asistencia institucional a las víctimas,

y en el caso del agresor con la aplicación de la atenuante de reparación, lo que si bien permite alcanzar los objetivos unilateralmente, fracasa en el más importante de la mediación que es la superación del conflicto.

f) Principio de reinserción social: El Derecho Penal orientado a la reparación es en esencia un Derecho Penal orientado a la resocialización porque es más eficaz para la reducción de delitos futuros, mas humano, menos represor y sirve a la integración social ya que obtiene del responsable del delito un reconocimiento del daño producido por los hechos delictivos cometidos que sirve a la prevención especial en la medida que facilita la reinserción social pero también a la prevención general porque contribuye a la pacificación y a la reconciliación social. Ello implica que todo tipo de delito pueda a ser susceptible de mediación en atención a las mejores posibilidades de reinserción sobre la sanción meramente punitiva siempre que el sujeto se avenga a reconocer su responsabilidad sobre los hechos y a aceptar la compensación del daño a la víctima.

3.-Modelos de selección de delitos.

Es complicado y poco operativo determinar a priori qué delitos o faltas son apropiados para ser sometidos a un proceso de mediación, ya que la ausencia de estereotipos es una constante en los distintos sistemas y procedimientos, por ello hay que valorar qué criterios se pueden utilizar para seleccionar los asuntos mediables o idóneos para la mediación tanto en relación a la conducta, como al agresor o a la víctima, teniendo en cuenta que las combinaciones son muy variadas y que las distintas experiencias de mediación penal son lo suficientemente diversas para no poder realizar una selección exhaustiva.

En primer lugar y tomando como referencia el Derecho penal juvenil, en el mismo se permite la conciliación o mediación en dos momentos procesales: en el primero en fase de instrucción, art. 19, sólo se permite en delitos menos graves o faltas, en los que no haya habido violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos permitiendo si se llega a alcanzar el acuerdo el sobreseimiento y en el segundo, art. 51.3 ya en fase de ejecución, se permitirá la suspensión o sustitución de la medida impuesta, sin que en este caso se establezca límite alguno respecto a los hechos enjuiciados o a la gravedad de la medida impuesta. Para ello hay que tener en cuenta que delitos menos graves son los que se castigan con penas de prisión hasta cinco años, lo que puede dejar fuera lesiones o robos con violencia o intimidación, que sin embargo la experiencia demuestra que suelen conseguir acuerdos favorables de mediación.

En cuanto al Derecho comparado también son diversos los modelos ya que mientras en algunos se puede mediar ante todo tipo de delitos (Canadá, Gran Bretaña o Nueva Zelanda, Bélgica) en otros se limita por la gravedad de la pena (Alemania, Francia) y en otros se excluye algunos delitos como los cometidos con violencia o contra la libertad sexual (EEUU, Noruega).

En el caso de los adultos se pueden hacer las siguientes consideraciones:

a) Selección por los delitos cometidos

En cuanto a la gravedad de los delitos, en general se descartan por un lado los delitos de bagatela por su poca gravedad y los delitos muy graves precisamente por lo contrario; estas limitaciones a veces son criticadas por no poder alcanzar a todo tipo de delitos, sin embargo también figuras como la sustitución o suspensión no alcanzan a todos los delitos y no se duda de la conveniencia de su existencia.

Las razones para excluir a las faltas o conductas de bagatela de la mediación son varias, en primer lugar se alega que en ellos ni siquiera es necesaria la pena si la culpabilidad del sujeto es insignificante y que además no suele haber interés público en su persecución, por ello responde más bien a la posición de reclamar la desincriminación de las faltas y su consideración de ilícitos administrativos, ya que si se pide su salida del Derecho Penal, no tiene sentido

provocar la intercepción penal aunque sea por vía de la mediación, sobre todo teniendo en cuenta que la mediación exige un esfuerzo por parte del agresor.

En cuanto a la exclusión de los delitos más graves, la importancia del bien jurídico suele desaconsejar los acuerdos de mediación por la necesidad de tutela penal a través de penas graves, y porque en clave de prevención general se podría entender como una cierta impunidad o benevolencia de la ley, sin embargo esta exclusión no siempre es seguida por las propias víctimas. Así incluso víctimas o familiares de homicidios o violaciones han mostrado en ocasiones predisposición al encuentro con sus agresores, quizá movidos por la incomprensión de la conducta delictiva, por el afán de obtener alguna explicación y para mostrar su sufrimiento a quien lo ha provocado. Concretamente en agresiones sexuales hay autores que defienden la mediación, lo cual podría tener sentido en nuestro Ordenamiento Jurídico si se tiene en cuenta la necesidad de denuncia del agraviado o querrela del Ministerio Fiscal ponderando los intereses de la víctima lo que permite utilizar el principio de oportunidad, que muchas veces son conocidos la víctima y el agresor lo que lo puede facilitar el acercamiento en los casos de perdón, y que en estos delitos en particular es muy importante que el agresor reconozca su responsabilidad y el daño producido a la víctima. Sin embargo, en la práctica llegan pocas propuestas de mediación por las especiales características de estos hechos y la alarma social que producen, lo que exige un refuerzo de garantías como limitarlo a la solicitud de la víctima o que sean conducidos por mediadores expertos.

Lo que si es diferente es el espacio y las consecuencias de la mediación en los delitos más graves, ya que es más frecuente en el ámbito penitenciario y con efectos sobre el cumplimiento de la pena y no sobre la pena misma, en este contexto se pueden enmarcar los encuentros entre víctimas de terrorismo y sus agresores que se están realizando en el centro penitenciario de Nanclares de Oca bajo la coordinación del Prof. Etxebarria. Por su parte los delitos menos graves en los que hay un fuerte impacto psíquico sin un nivel de violencia excesivamente alto, son los más recomendables según la doctrina para obtener buenos resultados, entre ellos destacan los delitos contra el patrimonio, porque en ellos hay un daño y un perjudicado lo que facilita mucho la concreción de los acuerdos de reparación, los daños que también se prestan bastante bien a la mediación, las lesiones o los delitos a instancia de parte, siendo en general los delitos más mediables las lesiones, injurias, amenazas, coacciones, daños, hurtos, estafas, allanamiento de morada y robos.

En violencia de género, la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004, la excluye en todo caso, al igual que en otros países como Luxemburgo en los que se ha argumentado que la necesaria igualdad entre partes, imprescindible para la mediación no existe en violencia de género donde el agresor ocupa una situación de dominio en su comportamiento y en el miedo que infiere a la víctima, sin embargo hay numerosas razones para mantener lo contrario como algunas experiencias de mediación que demuestran que da mayor protagonismo y autonomía a la mujer, que contribuye a la pacificación cuando subsiste el afecto o se desea seguir conviviendo a pesar de la agresión, y que facilita el reconocimiento del daño por el agresor, siempre que no suponga aumentar la victimización de la mujer y las circunstancias de la víctima y de los hechos la aconsejen.

A veces también se excluye a los delitos sin daño o a los que se dirigen contra la colectividad, esto no es correcto ya que la reparación puede dirigirse a la comunidad o a representantes de intereses difusos como puedan ser asociaciones o entidades. En los delitos de riesgo (seguridad del tráfico o contra la salud pública) al no haber una víctima persona física con la que acordar una reparación del daño, puede ser efectivo aceptar realizar trabajos en beneficio de la comunidad relacionados con el tipo de delito si la sanción lo permite o realizar encuentros con personas que hayan sufrido los efectos del delito para que se aplique la atenuante de reparación por la colaboración con centros de desintoxicación o de asistencia a heridos por accidentes de tráfico.

La conclusión es que la selección de casos depende más de la víctima y el agresor que del tipo de delitos, sin que exista un criterio uniforme ni entre los distintos sistemas ni dentro de uno mismo sobre los límites de gravedad que han de tener los delitos susceptibles de mediación, ya que aunque inicialmente se limitaba la mediación a las faltas e infracciones de escasa gravedad, actualmente se constata una progresiva diversificación de las tipologías delictivas

que pueden ser aptas para la mediación con la posibilidad de aplicarla a todo tipo de delitos de diferente consideración.

b) Selección por tipo de agresores

Aunque en ocasiones se dice que la mediación es preferible para jóvenes, puede ser también para adultos, y no hace falta que sean primarios ya que lo contrario podría dar lugar a que la reincidencia comprometiera futuras mediaciones sin valorar los cambios que van sufriendo las personas a lo largo de la vida y su diferente disposición al sistema punitivo, en este sentido en la primera experiencia de mediación en Justicia de adultos que se dio en Valencia por un convenio entre el Juzgado de Instrucción nº 2 y la Oficina de Atención a las Víctimas de Delitos en 1993 se exigía como requisito para optar a la mediación ser infractor primario y reconocer los hechos en presencia judicial.

Otras características relativas a los agresores pueden estar vinculadas a sus condiciones rehabilitadoras como en Madrid el programa realizado por la asociación Apoyo que lo limita a infractores drogodependientes que estén en tratamiento de rehabilitación, que ya estén rehabilitados o estén dispuestos a iniciar un programa de rehabilitación ya que es una forma de orientar al infractor hacia una situación que le facilite la integración social.

En todo caso es fundamental que quienes participan en la mediación como imputados en un delito reconozcan su responsabilidad, muestren su voluntad de reparar el daño causado a la víctima y entiendan la trascendencia y alcance de la mediación como alternativa penal, lo que requiere una intensa labor de los mediadores ante el habitual recelo inicial de los agresores que desconfían de un sistema en el que han de reconocer su culpa, sin poder hacer uso de mecanismos autoexculpatorio o de justificación de la propia conducta. Un problema particular lo pueden provocar lo coimputados si alguno de ellos se niega al acuerdo, o el conflicto con el derecho de defensa que puede traer el reconocimiento de los hechos de uno de ellos respecto a los otros, lo que se debe cohonestar respectivamente con el principio de presunción de inocencia y la confidencialidad de las actas.

c) Selección por tipo de víctimas

Dado el requisito de la voluntariedad, la percepción de la víctima es fundamental porque si pese a no ser elevado el daño lo considera subjetivamente como tal lo va a rechazar, o puede no considerarse víctima y por lo tanto rechazar el encuentro. En general se suele exigir que sean víctimas personales e individualizadas, en solitario o en grupo pero que estén directamente afectadas o perjudicadas por el delito, esto no significa excluir a los casos en que las víctimas son personas jurídicas (una sociedad o empresa por ejemplo) aunque hay quien excluye a las grandes empresas porque en estos casos los representantes de las mismas se mueven en un rol profesional más cercano a la negociación económica que a la percepción subjetiva de la víctima, lo que se vislumbra como incompatible con los fines de la conciliación. Esto significaría dejar fuera de la mediación los hurtos en grandes almacenes, lo que no es aconsejable por los buenos resultados que da especialmente en la delincuencia juvenil. Las mismas reticencias hay a veces respecto a los delitos sin víctima directa, con víctimas anónimas o colectivas, como las que puedan resultar de los delitos contra el medio ambiente, tráfico de drogas, o seguridad vial, sin embargo en ellos resulta muy positivo la reparación a fondos de compensación de víctimas o la asunción de responsabilidad a través de reparaciones simbólicas del daño.

En el caso concreto de los delitos contra el medio ambiente hay cierta reticencia a que los destinatarios de las indemnizaciones sean las asociaciones denunciantes para evitar que ello pueda producir una distorsión en los intereses de las denuncia, por ello es más aconsejable la reparación (in natura) de los daños concretos causados.

Estrictamente relacionado con la víctima está el caso de los delitos privados o semipúblicos, ya que un acuerdo mediador puede suponer la no entrada en el procedimiento penal o incluso si se obtiene durante el mismo (siempre

que la figura delictiva permita la eficacia del perdón) puede suponer su no continuación. Esto afecta a faltas de amenazas, coacciones...delito de descubrimiento y revelación de secretos, delito de calumnia e injurias (en los que si cabe el perdón) y abandono de familia e impago de pensiones o delitos contra la propiedad industrial e intelectual (en los que no cabe el perdón). También a veces se recomienda excluir los casos de víctimas menores o discapacitadas, y aquellos en los que hay desigualdad social o relación de sumisión como es el prototipo de violencia de género, sin embargo con la intervención de los representantes legales y del Ministerio Fiscal se podría valorar la disposición del menor, siendo priorizando su interés. Para que la víctima sea apta para la mediación ha de ser informada correctamente necesitando para ello capacidad suficiente e interés en resolver el conflicto por esta vía alternativa, por ello si la víctima se niega injustificadamente nada deben hacer el mediador y el Juez para intervenir en su decisión, por cuanto un principio irrenunciable es el de su voluntariedad.

d) Universalidad

Roxin en 1991 sostenía que la mediación/reparación debía aplicarse a todos los delitos y todos los delincuentes por ser de aplicación universal, este es el criterio que se siguió en el Proyecto alternativo de reforma del Código Penal alemán de 1992 que recogía la incorporación de la reparación como tercera vía junto a la pena y la medida de seguridad. Para supuestos especiales como delitos sin víctima (medio ambiente), responsables insolventes o delitos sin daños concretos, la reparación tenía un contenido simbólico de compensación a la comunidad.

Los programas de mediación que se desarrollan en Cataluña parten de la base de que no depende tanto del tipo de delito o de su gravedad sino de las circunstancias concretas del caso y de la conflictividad personal y relacional existente entre sus protagonistas, por eso han trabajado con lesiones, maltrato, tentativa de homicidio, amenazas, coacciones, injurias leves, salud pública, allanamiento de morada, quebrantamiento de condena, así como todo tipo de delitos contra patrimonio: hurto, robo con fuerza y con violencia, estafas, robo y hurto de uso vehículos, daños, apropiación indebida, propiedad intelectual...

El panorama actual de los programas de mediación penal que se están desarrollando en España es excesivamente variado, pero en general se extiende a todo tipo de delitos ya que a salvo de la prohibición legal expresa de la violencia de género, hay servicios que lo extienden a delitos y faltas: Burgos y La Rioja (con predominio faltas), Zaragoza (con predominio delitos), Navarra (salvo atentado, resistencia y delitos de funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos), País Vasco y Cataluña, y sólo algunos lo limitan a delitos: Alicante. Huelva y Cádiz (salvo los de víctimas no individuales como seguridad del tráfico). De ello se deduce que los servicios de mediación suelen estar abiertos a todo tipo de delitos pero a veces depende más de la visión de las partes, sus abogados o incluso los jueces que la reservan para conflictos familiares o vecinales o faltas, por ser situaciones en las que es preferente reducir la agresividad y conflictividad con el fin de mantener las relaciones.

4.- Propuesta delimitadora de delitos mediables

Partiendo de la negativa a la necesidad de elaborar un listado de conductas delictivas susceptibles de ser mediables, se considera mas adecuado admitir que cualquier tipo de delito puede ser objeto de un acuerdo mediador siempre que se den las siguientes características:

Voluntariedad de las partes de participar en el encuentro, de aceptar el acuerdo y de cumplirlo, lo que no debe permitir en ningún caso utilizar prácticas que puedan invalidar la libertad de las partes como la presión, intimidación, persuasión o amenazas, ya que las partes han de actuar con autonomía y libertad, excluyendo a menores o incapacitados que no puedan tomar válidamente decisiones, en cuyo caso sus representantes legales y el Ministerio Fiscal deberán valorar su mayor interés. Cuando la mediación se entiende como una mera sanción reparadora pierde su voluntariedad al ser coactiva como todas las penas, por ello al cubrir un espacio más amplio que alcanza incluso a

actitudes internas como pueda ser el perdón por parte del agresor, su voluntariedad debe tener la misma exigencia que en el seno del tratamiento penitenciario, sin que lo desvirtúen sus consecuencias sobre la atenuación o suspensión de la pena. En este sentido los delitos susceptibles de suspensión o sustitución de la pena y los castigados con multa son especialmente adecuados para poder llegar a un acuerdo por su relación con las reglas de conducta en el primer caso y con el carácter económico en el segundo.

Autonomía de las partes, son las partes las que deben dirigir el curso del proceso de dialogo tomando sus propias decisiones y dejando al mediador la misión de orientar pero no de dirigir, siendo indispensable que vele por el buen desarrollo del proceso y por garantizar la simetría e igualdad de condiciones de las partes, por ello cuando pueda perjudicar a alguna de ellas debe paralizarse el dialogo.

Para ello deben las partes tener una información adecuada del proceso de mediación y sus fases, de las consecuencias penales de la conducta delictiva realizada y del acuerdo mediador, de la obligación de cumplirlo, así como de la repercusión en caso de no alcanzar el acuerdo.

Equilibrio de las partes, ya que de no haberlo se invalida la base del acuerdo que es la igualdad de las posiciones, por lo tanto si hubiera muestras de superioridad del agresor sobre la víctima, el mediador debe interrumpir los encuentros. Este requisito tiene una especial importancia en los delitos de maltrato familiar donde la dependencia de una parte sobre la otra dificulta el dialogo pero puede ser muy útil para recuperar la confianza y autoestima necesarias para superar la debilidad como víctima. También en otros como atentados y resistencia a la autoridad o delitos contra los trabajadores puede ser positivo el diálogo por ser precisamente uno de los objetivos del proceso mediador la superación de la distancia jerarquizada entre las partes.

Tutela jurídica, los dos objetivos a conseguir en la mediación son la protección de los derechos de la víctima y la reinserción del delincuente a través de la consecución del perdón y/o reparación, lo que casa mejor con aquellos delitos que conllevan una relación más estrecha entre agresor y víctima como puedan ser los personales o patrimoniales.