

Perspectivas de la mediación en el ámbito penal: reflexiones de un fiscal

Antonio del Moral García¹
Fiscal del Tribunal Supremo

Sumario

Hace tiempo que despertaron en él un vivo interés los movimientos ligados a lo que se ha llamado justicia restaurativa y a sus diferentes y variados intentos de implementación. La tensión entre tendencias de este tenor, plasmadas ya en el derecho comparado y a nivel de textos internacionales, y la fuerza con que parece irrumpir un nuevo populismo penal que reclama un endurecimiento de esa herramienta de control social parece estar decantándose a nivel de legislación por esa segunda vertiente, aunque el discurso oficial lo negaría sin ningún pudor. Por ello, el autor elude conscientemente toda la batería de referencias normativas supranacionales o legales, o de conceptos o descripciones de derecho comparado que son fáciles de encontrar en la bibliografía al uso.

El trabajo está configurado en torno a los siguientes aspectos: después de varias advertencias preliminares y cuestiones terminológicas, el autor presenta el derecho vigente y las reformas futuras, los fundamentos teóricos y su importancia junto al peligro del utilitarismo penal. Desde este contexto presenta la voluntariedad y la penalización, la presunción de inocencia y la mediación penal, el ámbito de la mediación penal y las consecuencias.

Palabras clave: justicia restaurativa, reformas futuras, utilitarismo penal, voluntariedad, presunción de inocencia.

¹ Este trabajo es una reelaboración de unas notas presentadas en una Jornada sobre Mediación celebrada en el Centro de Estudios Jurídicos en enero de 2008.

Summary

Perspectives of the mediation in the penal field: prosecutor's reflections

It is some time ago that a lively interest woke up in him, the movements joined to the so called restorative justice and his different purposes of implementation. Tension among the trends of this tenor already created in the comparative law in level of international texts, and the great force with that appears to rush into a new populism that claims a hardening of this tool of social control, it looks like being praise in a level of legislation for that second side; although the official speech would deny it without modesty. Because of the author elude consciously all the battery of standard supranational references or the legal ones, and also the concepts and descriptions of comparative law which are easy to find in the current bibliography.

The study is done from the following aspects: after several previous warnings and terminological questions, the author presents the current law and the future reforms, the theoretical grounds and their importance beside the danger of the penal utilitarianism. From this context shows the wilfulness and the penalty, the presumption of innocence and the penal mediation, the field of the criminal mediation and its consequences.

Key words: restoring justice, future reforms, penal utilitarianism, wilfulness, presumption of innocence.

1. Advertencias preliminares

Estas líneas se redactan más desde la reflexión especulativa y el conocimiento externo que desde la experiencia profesional. Mi destino como fiscal en los últimos años –centrado en el recurso de casación penal– no ha propiciado una implicación directa en los distintos programas de mediación penal que han comenzado a ponerse en marcha. Pero hace tiempo que despertaron en mí un vivo interés los movimientos ligados a lo que se ha llamado justicia restaurativa² y a sus diferentes y variados intentos de implementación. Mi acercamiento a la materia ha sido, bien teórica –lectura de bibliografía específica, cada vez más abundante en nuestro país–, bien como observador, tomando

² Por todos, ver CARRASCO ANDRINO, M^a del Mar, La mediación delincente-víctima. El nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos) en la Revista *"Jueces para la Democracia"* (información y debate), n^o 34, marzo 1999, págs. 68 y ss.; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia restaurativa en "Panorama actual y perspectivas de la victimología y sistema penal", *Estudios de Derecho Judicial*, 121, 2007, págs. 228 y ss.; y en especial la completa y excelente monografía *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica* de VARONA MARTÍNEZ, G., Comares, Granada, 1998.

contacto con profesionales que participan o han participado en experiencias de mediación en el ámbito penal³.

El atractivo que encierra esta corriente con unos fundamentos teóricos sólidos que, en ocasiones, se minusvaloran, me llevó a aceptar inmediatamente la invitación a colaborar en este número monográfico. Es una ocasión más de profundizar en una de las sendas por las que debiera discurrir la evolución del derecho penal. La tensión entre tendencias de este tenor, plasmadas ya en el derecho comparado y a nivel de textos internacionales⁴, y la fuerza con que parece irrumpir un nuevo populismo penal que reclama un endurecimiento de esa herramienta de control social parece estar decantándose a nivel de legislación por esa segunda vertiente, aunque el discurso oficial lo negaría sin ningún pudor.

Me siendo obligado a confesar esa carencia de experiencia práctica. Es un condicionante importante de estas reflexiones que conviene ser tomado en consideración. Pero también comporta una vertiente positiva en cuanto proporciona una cierta distancia. Una mirada desde fuera facilita detectar cuestiones o realizar enfoques que a veces escapan a quien está inmerso en la vivencia. No obstante soy consciente de que la falta de una experiencia concreta en la materia es campo bien

³ Desde el valor añadido que aporta la propia experiencia, pueden citarse SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P. *Mediación Penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde*; SAEZ VALCÁRCEL, R., *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*; FREIRE PÉREZ, R. M., *Reparación y conciliación. El Derecho Penal y los intereses de las víctimas e imputados*, PASCUAL RODRÍGUEZ, E. *La mediación en el derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales*; RÍOS MARTÍN, J.C., *La mediación Penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal*; y BENITO OSÉS, M.P. y SANTOS ITOIZ, E., Programa de mediación penal y reparación del daño en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona (todos los trabajos mencionados aparecen publicados en el libro colectivo "Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación", *Estudios de Derecho Judicial*, III, 2006. Dentro de la misma colección, en el volumen también colectivo 136, de 2007, "La mediación civil y penal. Un año de experiencia", se realizan aportaciones que gozan de la frescura y lucidez características de quien habla de la experiencia profesional personal como fiscales, ESTIRADO DE CABO (*Cuestiones relevantes de Derecho Sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y enjuiciamiento*), SILVA FERNÁNDEZ (*Cuestiones relevantes de Derecho Sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de ejecución*) y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (*Cuestiones relevantes de Derecho Sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de mediación. La mediación penitenciaria*). Al final del volumen que recoge los trabajos del encuentro propiciado por el Consejo General del Poder Judicial figuran unas ricas conclusiones elaboradas por RÍOS MARTÍN y OLAVARRÍA IGLESIAS.

⁴ Ahorro al lector referencias de textos que son bien conocidas y que sin duda figurarán con detalle en otros trabajos de este volumen.

abonado para que aparezcan disquisiciones puramente especulativas de nula operatividad práctica o ampliamente superadas o desterradas por la vida.

Aunque estas reflexiones nacen de lecturas, conversaciones, o asistencia a algunas ponencias o conferencias, su concreto destino –una obra colectiva que aborda con distintos enfoques unos temas comunes– y su modesto propósito hacían aconsejable renunciar a una exposición sistemática o con pretensiones de exhaustividad o un acercamiento ordenado a la materia. Eludo conscientemente toda la batería de referencias normativas supranacionales o legales, o de conceptos o descripciones de derecho comparado que son fáciles de encontrar en la bibliografía al uso. Aquí doy cabida casi con exclusividad a lo que son reflexiones más personales, aunque muchas veces sean deudas de alguna de esas lecturas o estudios y en definitiva hayan sido tomadas prestadas de voces más autorizadas, a las que en todo caso alguna referencia haré.

2. Cuestiones terminológicas

Como se ha apuntado por algún autor⁵, es importante clarificar los términos pues no es infrecuente que mediación, reparación, conciliación, justicia restaurativa y otras locuciones se usen indistintamente cuando muchas veces han de representar instituciones diferentes. La mediación es el proceso susceptible de ser abierto para alcanzar los otros fines que pueden ser la reparación o la conciliación. La reparación engloba las indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil, pero no ha de ser concebida con parámetros exclusivamente pecuniarios. Puede tener otros componentes. La conciliación –por usar el término manejado por la legislación de menores– implica la pacificación del conflicto, la cicatrización definitiva de las heridas para usar una imagen expresiva.

La mediación es una herramienta hábil para llegar a la reparación y/o a la conciliación. Su regulación normativa supone una forma de potenciar esos resultados que se consideran deseables: reparación, conciliación. La mediación puede no llegar a alcanzar ninguno de esos dos fines por diversos factores. Pero al mismo tiempo puede existir reparación, sin previa mediación; y conciliación, sin previa mediación (esto último será más insólito en los casos en que no haya relaciones previas entre víctima y victimario). E igualmente puede darse conciliación sin reparación. Y al revés: reparación sin conciliación.

⁵ MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, págs. 27 y ss.

No aspiro a imponer esta nomenclatura que, por lo demás, he tomado prestada de autores más solventes. Pero sí es importante avisar de que utilizaré la terminología con esos significados. Igualmente creo necesario en cualquier texto un primer momento de aclaración del significado que se va a dar a las palabras que se manejan. Si no, se corre el riesgo de confusión.

3. Derecho vigente y reformas futuras

La aclaración es obvia pero no quería dejar de consignarla. Nos movemos en dos planos: el del derecho vigente y el de eventuales propuestas de reforma que puedan considerarse deseables

En el primero de los territorios la reparación tiene muchos reflejos en el ordenamiento penal. No solo como atenuante sino también como realidad que ayuda a acceder a determinados beneficios y que es contemplada específicamente en algunos supuestos de la parte especial.

La conciliación, en un sentido riguroso del concepto, ofrece tan solo algunas referencias indirectas y muy particulares (como en los delitos de injuria y calumnia –arts. 215 del Código Penal y 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y puede estar detrás, aunque no necesariamente, del instituto del perdón, con un ámbito en el derecho penal vigente muy limitado (art. 130.5º del Código Penal).

La mediación como tal reduce su operatividad a la legislación de menores. En el derecho penal de adultos la situación es de anomia, lo que no ha impedido, como es bien conocido, la puesta en marcha de algunas experiencias⁶.

En la presente exposición se combinan los dos planos, aunque se enfatiza más bien el segundo: lo que serían las bases de una deseable reforma. Se deja al margen la materia de responsabilidad penal de menores.

4. Los fundamentos teóricos: su importancia

La Justicia restaurativa ha de edificarse sobre raíces profundas de tipo filosófico y antropológico. No me corresponde a mí adentrarme en ese terreno, ni se compaginaría bien con el carácter de estas notas un excursus filosófico para el que carezco de formación. Pero en todo caso me interesa resaltar que ese telón de fondo no puede perderse

⁶ Vid. bibliografía citada en la nota de pie de página 3 en la que se da abundante y detallada cuenta de esas experiencias.

de vista. Una concepción de la persona humana, de su libertad, una concepción de la sociedad, y unas bases concretas sobre la finalidad del Derecho Penal están detrás de estas nuevas construcciones. No como algo monolítico y unitario. Pero sí con unos componentes mínimos que es preciso identificar. La justicia restaurativa y la filosofía que alienta la mediación penal es algo más –y discúlpese la licencia de acudir a la ayuda de una jerga adolescente pero que tiene mucho de plasticidad– que “buen rollito” o que insuflar unas dosis de “buena voluntad” o “bondadosidad” en el arsenal punitivo del Estado. Esto que es obvio para cualquiera que se ha acercado con un mínimo de profundidad al sistema, sin embargo puede no serlo tanto para la generalidad de los prácticos del derecho. El éxito de una implantación progresiva de elementos vinculados a la justicia restaurativa en nuestro ordenamiento penal, requerirá por eso no desatender esos aspectos teóricos y proceder a su divulgación. Los operadores jurídicos han de conocer las líneas de fondo del modelo (que más que como alternativa, ha de concebirse como complemento: huyo de esa forma de las posiciones más radicales), so pena de que acabe trivializándose. Máxime cuando nos encontramos hoy en presencia de un contexto en que prima la neocriminalización. Fomentar una formación que vaya más allá de unas reglas concretas o técnicas o protocolos y trate de identificar los fundamentos últimos del modelo me parece esencial. Una cultura de la mediación, necesaria para que se abra paso efectivo en nuestro sistema penal conviviendo armónicamente con las formas más clásicas del orden punitivo, formas que hoy por hoy aparecen como irrenunciables, es un elemento indispensable que ha de potenciarse a través de la formación y del estímulo de estudios de fondo.

5. El peligro del utilitarismo penal

En esta línea me parece también decisivo no poner el acento en criterios utilitaristas que resaltan los costes que se ahorran con el sistema. Se me antoja que a veces ese tipo de argumentos son alzaprimados en las tesis presentadas por los defensores de las técnicas mediadoras. Las principales bazas a favor de abogar por un relieve más acentuado de la mediación en el campo penal no son de tipo utilitarista. Hacer pivotar en exceso las ventajas de la mediación en el aligeramiento de la carga de trabajo o en disminuir el exceso de población penitenciaria hace un flaco servicio a la filosofía favorable a ensanchar los ámbitos de la mediación. No son criterios utilitaristas o pragmáticos los principales valedores de la justicia restaurativa. Aunque también pueden obtenerse consecuencias beneficiosas –no necesariamente– en ese ámbito. Pero no se trata solo y ni siquiera principalmente de eso. Incluso si se concluye que puede comportar una mayor carga de trabajo y la necesidad de una mayor inversión en medios materiales y personales, si se comparte la filosofía de fondo y se quiere reorientar

el Derecho Penal merecerá la pena apostar por ello. Si, sin embargo, el atractivo se cifra fundamentalmente en el alivio de los sobrecargados órganos penales, el fracaso de ese objetivo determinaría un inexorable abandono del modelo.

Un ejemplo de lo que no debe suceder, según entiendo las cosas, es la evolución que ha experimentado el sistema de conformidades en el enjuiciamiento penal español en las últimas décadas. Se ha enseñoreado de todo el proceso penal. Desde su tímida potenciación legislativa en 1988 –sobredimensionada en la práctica–, hasta la reforma de 2002, el afán por “conseguir” conformidades se ha convertido en una de las finalidades primordiales del proceso. Con alguna dosis de exageración, podría decirse que los juicios de carácter criminal en los que se practica la prueba íntegramente y se debate sobre la valoración probatoria, sobre las penas, sobre los problemas jurídicos, son como la “patología”, el fracaso de un intento de conformidad anterior (sea o no legalmente posible, pues si no lo es ya se ha encargado la práctica de ingeniar sistemas de procedimientos ordinarios “abreviadísimos” en que previamente se ha pactado pena y se ha renunciado a la prueba). Esa evolución, patente para cualquier persona familiarizada con la Administración de Justicia Penal en nuestro país ha estado presidida por unos criterios marcadamente utilitaristas. Prevalecen estrategias encaminadas a descargar de trabajo de los Tribunales, aunque para ello sea necesario “inflar” artificialmente las penas estimulando la conformidad proveniente de la parte más débil que muchas veces se ve de *facto* obligada a renunciar al juicio justo, porque sabe positivamente que el ejercicio de ese derecho se puede convertir en una “agravante” innominada.

Hay que encontrar fórmulas equilibradoras. De un lado para impedir que la voluntariedad de la mediación –presupuesto esencial– no se transmute en una voluntariedad puramente formal activada más bien por la idea latente de que no acogerse a ella, acabará convirtiéndose sutilmente en un incremento real de las posibilidades de condenas sensiblemente más graves. Y, de otro lado, para soslayar el riesgo de que precisamente por virtud de esa realidad, el proceso de mediación degenera en pura estrategia “procesal” dirigida por el letrado y canalizada por unos cauces burocratizados muy lejanos de lo que es el sentido de la justicia restaurativa. No se entienda que con estas apreciaciones quiero recuperar como base de la reparación una perspectiva de “arrepentimiento” de contenido “religioso” o “moralizante” en el sentido peyorativo que algunos darían a esos calificativos en un ámbito como el del ordenamiento estatal regido por una estricta neutralidad religiosa. Pero sí me parece que se traicionaría a la antropología que anima la justicia restaurativa si se produjese una evolución del sistema paralela a la que se observa en la conformidad, en que la confesión ya no es la asunción de una responsabilidad y muchas veces ni siquiera significa que el acusado se considere culpable. No podemos engañarnos: a veces –más de las deseables– representa la renuncia de quien se

considera inocente a apostar por un juicio en el que no las tiene todas consigo y puede salir “peor parado”.

Por eso es tan relevante huir de las “confesiones” o “reparaciones ficticias”. La reparación que busca exclusivamente una atenuación es perfectamente viable y está reconocida en nuestro Código Penal. La reparación que se enmarca en un proceso de mediación, creo, aunque seguramente no acierte a expresarlo del todo, es algo más pues supone generar un espacio de encuentro –no necesariamente visual– entre víctima y victimario. En este ámbito una adecuada profesionalidad de los mediadores se me revela como la medida más eficaz para sortear esos peligros. La proliferación de mediadores “burócratas” o “cínicos” según se les ha catalogado por algunos especialistas en la materia, son enemigos reales del sistema. Entre el mediador “romántico” –entendiendo por tal el que acompaña su labor con un discurso “antisistema”– y el mediador “burocratizado”, existe un espacio intermedio donde habrá que situar la figura del mediador individual o en equipo. Con una formación adecuada y con habilidades y, ¿por qué no decirlo?, valorando positivamente también esos componentes vocacionales o “idealistas” que no bastan, pero que ayudan.

6. Voluntariedad y penalización

Quiero subrayar aquí una consideración que ya se vertía en el apartado anterior: la voluntariedad en el proceso de mediación ha de ser real, material y no formal, para la parte pasiva del proceso. Eso significa que no someterse al proceso de mediación no debe acarrear ninguna consecuencia negativa. Ni penal, ni extrapenal. La posición procesal o penal del imputado no puede verse agravada por su rechazo a un proceso de mediación. Esto en teoría está claro. En la práctica, no tanto. Cuando el número de asuntos derivados es relativamente bajo y manejable, el peligro se aleja. El sistema penal clásico opera con todos sus mecanismos de corrección. Pero si se consigue una mayor implantación del modelo, como sería deseable y a ello alientan los textos internacionales, se corre el riesgo, tal y como ha sucedido en relación al instituto de la conformidad, de dinamitar de hecho, que no oficialmente, muchos de los componentes del principio de culpabilidad y del derecho a un juicio justo. Trato a continuación de recrear esta idea que en una primera aproximación puede parecer casi iconoclasta.

La rebaja de la pena cuando existe conformidad es algo aceptable y elogiabile. Obedece a claros principios y es un factor de individualización penológica. Es más: no solo la confesión es una atenuante (art. 21.4^a), sino que en algún caso la legislación premia penológicamente esas conformidades como es bien sabido (art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ahora bien, aunque la línea es sutil, por cuanto toda atenuante en cierta medida se convierte en una agravante (en

una “no-atenuante”) para quien no se encuentra inmerso en el supuesto base de la atenuación, hay que diferenciar claramente entre lo que significa atenuar la pena a quien se conforma, o a quien confiesa los hechos; de lo que supondría agravar la pena a quien no se ha conformado, a quien no ha confesado los hechos sencillamente por hacer uso de su derecho a un “proceso con todas las garantías” y a no autoincriminarse. Aunque haya algo de juego de palabras que parece escapar al raciocinio, acepto y considero plausible una rebaja de pena a quien se declara culpable por lo que tiene de actitud noble, de asunción de responsabilidades, de primer paso para la rehabilitación; pero no la agravación a quien no lo hace así. No atenuar la pena no es lo mismo que agravarla. Pero en la práctica solo con honestidad intelectual pueda diferenciarse entre ambas cuestiones.

En materia de conformidad creo que la praxis se deslizó por una pendiente que ha generado una situación muy extendida que no considero admisible, aunque se ajuste a la legalidad: al individualizar la pena se tiene en cuenta demasiadas veces el hecho de no haber llegado a una conformidad. Las penas solicitadas por el Fiscal provisionalmente están sobrecargadas para propiciar la conformidad. Si ésta no llega, se mantienen esas penas que no responden con fidelidad a los criterios del art. 66 del Código Penal. Si no se hiciese así, quebraría el sistema y se reducirían de forma apabullante las estadísticas sobre procesos finalizados con conformidad. Alguna dosis de exageración puede haber en esta descripción pero no excesiva.

La mediación penal fracasará en lo que representa de una nueva filosofía de fondo del derecho penal y la ampliación de sus fines, sin merma alguna de las garantías sustantivas y procesales que nos ha legado el Derecho Penal liberal, si no se hace frente a ese riesgo. El acusado podría sentirse impelido a entrar en el proceso de mediación, aunque sea a base de fingir y como pura estrategia, si percibe que su negativa se traducirá en una peor situación en el seguimiento del trámite ordinario.

Alguna referencia jurisprudencial ayuda a iluminar la cuestión que quiero plantear. No se me oculta que las soluciones legales concretas no son fáciles y que se trata más bien de propiciar una cultura de hondo respeto a esos principios claves.

Como no podría ser de otra forma, las citas giran en torno a la conformidad. Pero *mutatis mutandi*, expresan algo de lo que deseo apuntar.

¿Son admisibles repercusiones en la individualización penológica derivadas de la negativa del acusado a aceptar su culpabilidad? La falta de conformidad ¿puede ser un factor a tomar en consideración para incrementar el *quantum* penológico sobre el mínimo legal posible? ¿Entra dentro de los parámetros a que se refiere el art.66 del Código Penal como criterios para determinar el *quantum* de pena (circunstancias del autor, gravedad del hecho)?

El sistema favorecedor de las sentencias de conformidad, como se apuntaba antes y ese es el riesgo a evitar del modelo de la mediación, bascula en gran medida sobre una idea utilitarista: si el acusado descarga de trabajo a la fatigada Administración de Justicia, se le retribuirá con días de libertad (rebaja penológica). Lo que, visto desde la otra perspectiva, se traduce en que el acusado que quiere ejercitar todo el haz de derechos que configuran un juicio justo, no se verá favorecido por esa rebaja. Si al final la pena a imponer es la misma para el que no se conforma, nadie se conformaría. La rebaja está prevista en la actualidad con respaldo legal para los supuestos del art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (rebaja de un tercio de la pena solicitada en determinados delitos de menor gravedad y con ciertas condiciones). Pero se viene practicando informalmente en los demás supuestos, aunque con una importante salvedad: como no hay previsión legal, la única posibilidad pasa por formular acusaciones en que las penas estén “elevadas” para poder brindar una sensible rebaja si existe conformidad. Evidentemente si no la hay, no habrá rebaja y permanecerá la pena fijada inicialmente con vistas a esa “negociación”.

Pues bien sobre esa práctica que además, como se apuntará enseguida, cuenta con cierta base jurisprudencial, viene a incidir una reciente doctrina del Tribunal Constitucional. La negativa a confesar los hechos o a aceptar una conformidad no supone más que el ejercicio de un derecho fundamental y por tanto no puede tener ninguna consecuencia negativa y entre otras no puede ser valorada para individualizar la pena incrementándola o para rechazar la suspensión de la condena. Esas afirmaciones llevarían sin duda a replantear la forma en que se “negocian” conformidades y la práctica de solicitar penas elevadas para forzar esas conformidades “a la baja”, o de aceptar en la sentencia esas penas del Fiscal cuando no se ha aceptado la conformidad, única fórmula para que el sistema funcione. Son dos las sentencias del Tribunal Constitucional que tratan la cuestión. Son consecutivas y de factura casi idéntica por la similitud de los hechos.

La primera es la sentencia 75/2007, de 16 de abril. Este es el apartado de la sentencia que versa sobre este asunto:

“Respecto a la quejas de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a no confesarse culpable (art. 24.2 CE) se fundan en que se resuelve sobre la individualización de la pena y sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad sin atender a los criterios legalmente establecidos al respecto, los cuales no resultan cognoscibles en las resoluciones impugnadas, y basándose en el hecho de haberse ejercido el derecho fundamental a no confesarse culpable (art. 24.2 CE)... En el presente caso la Sentencia de primera instancia justifica la no imposición de la pena en el grado mínimo, por un lado, en “que esto es lo que se les ofreció a los acusados para el caso de que se conformaran con los hechos objeto de la acusación y rechazaron aceptar”, de modo que, no concurriendo circunstancias modificativas, no se encuentran motivos para rebajar la pena

solicitada por el Ministerio Fiscal y, por otro lado, en la propia actitud de los acusados durante el juicio, pues si hubieran reconocido los hechos, o al menos no hubieran negado hasta lo más evidente, y no hubieran obligado a hacer un juicio larguísimo se justificaría el “que se les tratara con más magnanimidad”. En dichas circunstancias, como ponen de manifiesto el recurrente y el Ministerio Fiscal, cabe apreciar un déficit de la motivación constitucionalmente exigible, pues ni de la anterior argumentación ni de la relación de hechos probados (SSTC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6; 108/2001, de 23 de abril, FJ 3; y 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6) se infiere la “ponderación de los criterios legales de la individualización de la pena (STC 148/2005, de 6 de junio, FJ 4).

Y es de señalar, muy destacadamente, que la justificación de la pena impuesta en el hecho de que el acusado, en ejercicio de sus derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), no se conformara con la pena solicitada por la acusación y negara los hechos más evidentes según la apreciación judicial, resulta a todas luces manifiestamente irrazonable y constitucionalmente inadmisibles, por lesiva de los citados derechos fundamentales.

Por otro lado, por lo que se refiere a la motivación de la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad... la Sentencia de primera instancia justificó su decisión en tres razones: que su concesión era facultativa; la peligrosidad de los acusados si se les otorgara la suspensión, pues se llevarían la impresión de que estos hechos se pueden cometer sin problemas, y ello quizá les llevaría a repetirlos; y que para ser merecedor de este beneficio hay que demostrar algún grado de arrepentimiento, alguna forma de colaborar con la Administración de Justicia, que está gastando mucho tiempo y dinero. Dicha motivación no puede entenderse expresiva de una interpretación razonable de la legalidad aplicable en materia de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. En primer lugar, con arreglo a la doctrina expresada, se colige fácilmente que no lo es la simple referencia a su carácter facultativo, lo que pugnaría con “los resultados de una interpretación teleológica de la ratio del beneficio, a cuyo tenor éste vendría inspirado por la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo” (STC 8/2001, de 15 de enero, FJ 3).

En segundo lugar, aunque sí sea un criterio relevante para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena la peligrosidad del acusado (art. 80 CP), resulta manifiestamente irrazonable inferirla del mero hecho de la suspensión y del ejercicio de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). No es razonable justificar la denegación de la suspensión en el argumento de que el acusado se podría llevar la impresión de que los hechos se pueden cometer sin consecuencia penal alguna, lo que les podría llevar a repetirlos, porque como manifiestan el recurrente y el Ministerio Fiscal, además de que la suspensión puede revocarse, dichos efectos serían inherentes a toda suspensión de condena, no siendo por tanto sino una explicación de carácter general, absolutamente desvinculada de las

concretas circunstancias del caso, que no responde a las exigencias del canon reforzado de motivación imperante en materia de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4). Con mayor razón, fundamentar la denegación de la suspensión de la ejecución en el ejercicio por el acusado de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), con la consiguiente falta de colaboración con la Administración de Justicia, es a todas luces constitucionalmente inadmisibles, y lesivo del contenido de dichos derechos fundamentales.

En efecto, existe una consolidada doctrina de este Tribunal que considera que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable guardan una estrecha conexión con la presunción de inocencia y con el derecho de defensa (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, entre otras). En virtud del derecho a la presunción de inocencia la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5, y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, entre otras). Vertiente que, como se puso de manifiesto en los fundamentos precedentes, ha sido plenamente respetada en el proceso penal del que dimana el presente amparo, pues, pese a la negativa de los hechos por los acusados, existió válida prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

Pero, asimismo, estos derechos constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa del acusado, “quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable” (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, entre otras). Por otra parte, la legislación española no sanciona la falta de colaboración del acusado con la Administración de Justicia (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4, y 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7) y no lo somete a la obligación jurídica de decir la verdad (SSTC 198/2006, de 3 de julio, FJ 4; 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3; 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4; 18/2005, de 2 de febrero, FJ 3; y 155/2002, de 22 de julio, FJ 11), sin que puedan por tanto extraerse consecuencias negativas para el acusado exclusivamente del ejercicio del derecho a guardar silencio (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 202/2000, de 24 de julio, FJ 5; y 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7), o de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Y la conclusión que de todo ello deriva es que las Sentencias impugnadas, al motivar de la forma que lo hicieron la decisión adoptada en orden a la individualización de la pena y a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable en los términos antes expresados, siendo por tanto procedente el pronunciamiento previsto en el art. 53 a) LOTC”.

La sentencia 76/2007, de igual fecha (16 de abril) reitera la misma doctrina:

“...es de señalar, muy destacadamente, que la justificación de la pena impuesta en el hecho de que el acusado, en ejercicio de sus derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), no se conformara con la pena solicitada por la acusación y negara los hechos más evidentes según la apreciación judicial, resulta a todas luces manifiestamente irrazonable y constitucionalmente inadmisibile, por lesiva de los citados derechos fundamentales...”.

Por contraste, nótese como en la jurisprudencia ordinaria sí que se admite con más facilidad ese tipo de motivación fundamentadora de ciertos incrementos penológicos con la consulta de la STS 487/2007 de mayo, aunque no se deja de percibir esa sutil diferencia que no es más que un cambio de mirada frente a la misma realidad: rebajar la pena al que acepta los hechos no significa incrementarla al que no los acepta. Pero a veces eso no deja de ser una voluntarista visión. Cuando no hay previsión legal (como la del art. 801), no se puede rebajar la pena al que se conforma si antes no se ha solicitado una pena “incrementada” para dejar ese margen, lo que implica mantener esa “elevación” para el que no se conforma. La citada *STS 487/2007* se pronuncia en los siguientes términos:

“El diferente tratamiento punitivo de los hechos que la Audiencia Provincial de Almería declara probados, podría haberse justificado sin necesidad de invocar de forma expresa la íntegra admisión de las respectivas imputaciones por parte de los otros coacusados. En Ricardo –quien, por cierto, también es condenado a una pena muy próxima al mínimo imponible– concurren circunstancias personales que, debidamente razonadas, habrían justificado un desenlace punitivo singularizado. La lectura del hecho probado ya ofrece las claves para concluir la importancia de su contribución al éxito de la distribución clandestina de hachís. Con independencia de ello, El Tribunal a quo ha optado por justificar ese mínimo incremento de la pena respecto de los demás encartados a la vista de la íntegra admisión por aquéllos de su responsabilidad en los hechos. Si bien se mira, no se está penalizando la no conformidad de Ricardo, sino recompensando la conformidad de los coacusados que aceptaron sus responsabilidades. Sea como fuere, ninguna vulneración del derecho constitucional a un proceso justo puede sostenerse. Por más que no faltan posiciones doctrinales especialmente críticas con el significado y alcance de los principios de adhesión y consenso en el ámbito del proceso penal, el propio legislador aúna a la conformidad un tratamiento punitivo de privilegio. Así se desprende, por ejemplo, del art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con arreglo al cual, la conformidad expresada en los términos y con los límites que el propio precepto define, obliga al Juez a imponer la pena solicitada reducida en un tercio. No es casual que algunos autores reserven para este tipo de conformidad, la gráfica denominación de conformidad premiada”.

Como puede verse la diferencia es muy sutil, pero de enormes repercusiones. Ojalá que las innovaciones procesales, y la que se plantea de manos de la mediación penal reviste un atractivo singular, no supongan la abdicación clandestina de principios básicos de nuestro sistema como el de culpabilidad, el derecho a no declararse culpable, a un proceso con todas las garantías o a la proporcionalidad de las penas.

7. Presunción de inocencia y mediación penal

Es este un tema que es habitual plantearse al abordar esta materia y en el que algunos comentaristas se empeñan en realizar alambicadas disquisiciones y articular complicados mecanismos procesales para tratar de compatibilizar lo que consideran contradictorio y que a mi juicio no lo es. Se preguntan si es compatible un proceso de mediación frustrado con el principio de presunción de inocencia⁷.

No veo incompatibilidad, aunque creo que mi concepto de la presunción de inocencia puede atraer malentendidos sobre esa aseveración.

Los puntos medulares sobre los que articular esta cuestión en mi opinión serían los siguientes:

- a) Todo lo conocido por el mediador en el proceso de mediación⁸ es materia cubierta por el secreto profesional (art. 24 de la Constitución) y por tanto no puede ser obligado a declarar sobre ello, (¿salvo que los implicados le dispensen de ese deber de sigilo?: es un tema sobre el que no he reflexionado lo suficiente. En principio me parece factible la dispensabilidad, aunque intuyo que eso puede traer problemas que es necesario meditar).
- b) Igualmente toda la documentación del proceso de mediación ha de permanecer ajena a la causa judicial, con excepción, en su caso, del acta final. No es una fase destinada a recabar pruebas o a investigar. Las actuaciones de mediación no son actividades probatorias.
- c) A la víctima no se le puede imponer un deber de secreto o sigilo sobre las vicisitudes del proceso de mediación de las

⁷ Vid. un planteamiento del problema en SAEZ VALCÁRCEL, La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2062, págs. 5 y ss.

⁸ No me adentro tampoco en explicar las fases que habitualmente se asignan a ese proceso de mediación y sus características por darlo por conocido o explicado en otros trabajos de este volumen.

que haya sido testigo o protagonista. Ni puede imponerse a las partes del proceso (acusación pública o particular o popular) la imposibilidad de preguntar sobre tales vicisitudes. Si no se agravará todavía más la victimización. Esas declaraciones podrán ser valoradas.

- d) La apertura voluntaria y cierre del proceso de mediación son elementos que pueden ser tomados en consideración dentro de la valoración probatoria.

Que el proceso de mediación no suponga actividad probatoria no significa que los actos externos (y no su contenido: es decir el hecho de que se abra el proceso con la anuencia del acusado y que se llegue a cerrar) de ese proceso sean totalmente neutros desde el punto de vista probatorio. Obviamente acceder a iniciar el proceso de mediación es una conducta procesal externa y objetiva que no significa necesariamente que se admita la culpabilidad, pero que tampoco es neutra desde la perspectiva de la valoración global de la prueba. Eso no vulnera la presunción de inocencia, como no la vulnera el hecho de que un imputado reconozca plenamente los hechos en una declaración judicial; o se niegue a someterse a una prueba de ADN, o proceda a devolver el turismo de cuya apropiación se le acusa. Cada uno de esos actos puede servir de prueba o contraindicio o mero indicio de culpabilidad y podrá ser valorado por el Juzgador. No significa que estemos ante pruebas de culpabilidad, pero sí ante pruebas o conductas valorables. Por supuesto que desde el prisma de la presunción de inocencia la situación del acusado que ha sido reconocido en rueda por las cinco víctimas, a quien se le ha ocupado el arma y el objeto del robo, que fue detenido instantes después y que además ha reconocido los hechos en sus sucesivas declaraciones, es mucho peor que la de aquel que ha negado los hechos y solo ha sido reconocido con dudas por una persona. Pero también aquél goza de la presunción de inocencia concebida como regla procesal –y no tanto regla de conocimiento⁹– que rige hasta que exista una sentencia condenatoria y que se refiere a la carga de la prueba y al tratamiento procesal del no condenado, pero que no obliga a reputar en lo íntimo inocente a aquel contra el que militan poderosísimas pruebas y que se jacta de haber sido el autor del crimen. Sentido común y presunción de inocencia son armonizables. La presunción de inocencia despliega su eficacia en el ámbito procesal. Lo que no es factible es negar valor probatorio a la confesión inicial o a las declaraciones de testigos que inculpan en fase de instrucción a una persona porque suponen menoscabar la presunción de inocencia y crean en el Juez de Instrucción la impresión de que probablemente el imputado es el autor de los hechos que él mismo reconoce y que le achacan las

⁹ Sobre las diferentes concepciones o vertientes de la Presunción de Inocencia resulta muy enriquecedora la lectura del magnífico trabajo de FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, IUSTEL, 2005.

víctimas. Esa impresión que incluso puede ser certeza no viola la presunción de inocencia. Este derecho exigirá que solo tras el juicio oral y una vez se hayan filtrado esas pruebas plasmando la convicción del Tribunal en una sentencia que goce de firmeza podrá tenerse “oficialmente” y a todos los efectos legales por culpable a esa persona. Pero no obliga antes a todos, jueces, fiscales y terceros a taparse los ojos ante hechos que objetivamente le incriminan. Por eso pienso que sentar la regla de que el fracaso del proceso de mediación ha de ponernos en una situación idéntica a aquella en que el proceso no se hubiese iniciado no es real. Como no lo es equiparar desde el punto de vista probatorio la situación de quien ha reconocido los hechos y ha procedido a indemnizar los daños causados que la de quien los ha venido negando desde el principio. No significa que aquél sea culpable, pues hay muchas circunstancias y factores que pueden justificar creíblemente la realización de una actividad de reparación distinta a la culpabilidad y también algunas –aunque menos: pero también son imaginables y reales– que explican verosímelmente un prematuro reconocimiento de unos hechos delictivos por el autor que luego se retracta y que, por tanto, pueden explicar un pronunciamiento absolutorio a pesar de esa inicial confesión. Se me antoja una hipocresía proclamar “oficialmente” que eso no tiene trascendencia probatoria y luego venir a valorarlo clandestinamente, sin declararlo así expresamente pero determinando un influjo real en la decisión valorativa del Juez o Tribunal. Es más correcto admitir que el reconocimiento de los hechos previo a la mediación, que la voluntad de someterse a ese proceso, pueden influir posteriormente en la valoración probatoria –aunque, desde luego, no han de ser determinantes– para que el imputado adopte la decisión con toda la información y siendo consciente de todas las repercusiones. No pueden ocultársele las eventuales repercusiones en materia de valoración de prueba que cara al enjuiciamiento podrían derivarse de sus actitudes procesales. Especialmente si el inicio de la mediación ha sido un reconocimiento de los hechos, total o parcial.

Esto lleva igualmente al interrogante relativo al momento en que debe o puede ofrecerse la mediación a las partes pasivas del proceso. En la medida en que hoy por hoy no existe un respaldo legal a la mediación en el proceso penal de adultos, el problema emerge con unos condicionantes muy diversos a los parámetros que se considerarían adecuados en una reforma legal. La ausencia de un referente normativo aconseja usar de esos procedimientos “alegales” con actitudes de máxima cautela y prudencia. No creo que pueda irse más allá de los casos en que se produce un reconocimiento de los hechos, más o menos claro, lo que es compatible con ciertas protestas de inocencia (aludiendo a eventuales eximentes o aduciendo excusas o disculpas que se quieren presentar o se presentan como eximentes). Por tanto, *de lege data* y como guía de actuación solo en los casos de reconocimiento de los hechos (aunque no necesariamente de la culpabilidad), me parece atinado activar institucionalmente ese proceso de mediación.

Una reforma en que plasmase ya como derecho positivo un proceso de mediación permitiría posibilidades más amplias y una información más generalizada, y estandarizada al modo de la prevista en el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El conocimiento por parte de los letrados de esa posibilidad legal y sus condicionantes normativos haría incluso prescindible esa información en muchos casos, aunque no sobra que esté prevista una advertencia específica en todos los casos en que la ley viniese a admitir incrustar un proceso de mediación en el enjuiciamiento penal.

Se ha discutido también por razones de esa naturaleza sobre la necesidad de que aparezca un reconocimiento de hechos en el acuerdo final en el que desembocará la mediación si culmina con éxito. ¿Ha de ser eso exigible? Entiendo que ha de primar la flexibilidad como principio informador de la mediación. Hay casos –seguramente los más– en que será conveniente y aconsejable que aparezca ese reconocimiento de hechos, bien porque lo exija la víctima, bien porque lo requiera la fase procesal en que nos encontramos o el tipo de consecuencia que se busca (una sentencia condenatoria de conformidad). Pero eso no excluye que puedan existir otros casos en que pueda prescindirse de tal reconocimiento de hechos (especialmente si el asunto va a derivar en un archivo por principio de oportunidad en el caso de que una futura reforma admita tal causa de sobreseimiento; o en la actualidad en los casos en que la legislación admite el perdón). Por tanto, es preciso huir de reglas fijas. Ni la rigidez de exigir siempre el reconocimiento de hechos, ni su exclusión como pauta general de actuación.

8. Ámbito de la mediación penal

Como es sabido en nuestro derecho penal la mediación tiene tres situaciones. Reconocimiento legal en materia de responsabilidad penal de menores; anomia legal en materia de proceso penal de adultos¹⁰; prohibición en lo referido a violencia contra la mujer. El art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, prohíbe de manera indubitada la mediación en esa materia tanto en el ámbito civil como en el penal.

¹⁰ Por eso no faltan inteligentes críticas a la implantación de técnicas de mediación en el proceso penal de adultos con cierto respaldo institucional sin que se cuente con un respaldo normativo. Por todos, AGUILERA MORALES, Comunicación en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Málaga, en octubre 2006, bajo el título La mediación penal como alternativa al proceso penal de adultos: ¿De la práctica a la ley? La comunicación aparece publicada en la obra *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Vol. I, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2006, págs. 279 a 293.

La disposición no admite una interpretación correctora, como se ha propuesto en ocasiones. Desde luego me uno a las autorizadas y numerosas voces que han abogado por la supresión de esa limitación que no tiene justificación suficiente, si la mediación aparece correctamente enfocada y manejada por expertos conscientes de la eventual asimetría de la relación o situación de desigualdad. La prohibición absoluta vigente es un dislate.

No existe obstáculo insalvable para efectuar el proceso de mediación respecto de uno solo de los infractores en el caso de que existan varios acusados o coimputados. La previsión legal de formación de piezas separadas y posibilidad de enjuiciar a unos con independencia de otros soslaya eventuales inconvenientes procedimentales. En el caso de enjuiciamiento por separado, hay que salvar la posibilidad de que uno de los co-imputados ya enjuiciado sea traído para declarar a la vista oral del otro, con la peculiar condición que le otorga ese *status* analizado en alguna consulta de la Fiscalía General del Estado.

¿Qué procesos penales se presentan como más idóneos para introducir la posibilidad de mediación? La pregunta exige precisar antes que nada que voy a hablar de mediación y no de reparación o de conciliación. La reparación con todo su abanico de consecuencias cabe en todas las infracciones en teoría. La conciliación –entendida en un sentido amplio– será posible también en muchas, incluso en aquellas en que la víctima es colectiva. Determinados contenidos de los trabajos en beneficio de la comunidad, o ciertas reglas de conducta convergen en finalidades reparadoras en sentido no material o de reconciliación con la Sociedad. Delitos de peligro, delitos en que la víctima perjudicada es el Estado; o un colectivo indeterminado de personas (delitos relativos a la ordenación del territorio o contra el medio ambiente) son aptos para fórmulas con contenidos reparatorios o conciliatorios.

Ahora bien no puede predicarse igual universalidad de la mediación. La mediación supone dos polos: una víctima y un victimario. Y es un medio no un fin. La mediación no se busca como tal en sí, sino como camino que permite llegar a acuerdos de reparación o conciliación. Si no hay víctima o perjudicados concretos, es forzar las cosas, apartándose de la realidad, “inventar” el otro polo para fingir una mediación. No es necesario: basta con prever y acceder directamente a esos componentes de reparación o de conciliación. ¡Claro que en los delitos contra la salud pública pueden existir actitudes que muestren el rechazo y la voluntad de reparar el daño abstracto causado! Pero basta con preverlos y darles la relevancia que proceda (colaboración con ONGs, sometimiento a tratamientos deshabitadores...) con el envoltorio jurídico adecuado (trabajos en beneficio de la comunidad, reglas de conducta...). Y también en los delitos contra la seguridad del tráfico sin víctimas (conducción temeraria), o en los delitos en que el perjuicio recae en el buen funcionamiento de la Administración o en que el bien jurídico afectado tiene una titularidad colectiva o supraindividual. En todos esos supuestos (delitos de peligro abstracto, delitos

contra la Administración Pública, delitos cometidos por funcionarios, delitos de atentado, delitos contra la Hacienda Pública...), un proceso de mediación no aporta nada. Como tampoco tiene sentido la mediación entre una institución pública (cualquier Hacienda, por ejemplo) y un particular infractor. Todas esas infracciones han de quedar excluidas de la mediación, lo que no significa que en ellas no pueda tener repercusión y relevancia la reparación.

Diferentes son a mi juicio los casos de infracciones en grado de tentativa en que sí que existe una víctima que lo ha sido potencialmente y que incluso puede serlo efectivamente (no solo porque se hayan llegado a causar ciertos daños, sino incluso porque la mera constatación de haber sido el objetivo previsto de una infracción puede alterar sentimientos de tranquilidad). En esos casos no existe incompatibilidad con un proceso de mediación en que se busque no ya una reparación (que puede no ser necesaria), sino acuerdos de tipo conciliatorio. Otra cosa es que muchas veces por las circunstancias del supuesto no sea razonablemente planteable.

Fuera de los casos antes reseñados (delitos sin víctima, o infracciones en que el sujeto pasivo es una Institución Pública) creo que no caben exclusiones apriorísticas. Todos aquellos supuestos en que exista víctima identificable y concreta son idóneos en una primera aproximación para la mediación. Será luego cuando haya que manejar ciertos parámetros en un segundo filtro, atendiendo a las circunstancias concretas de cada suceso. No son lo mismo unos abusos sexuales en el ámbito familiar que una agresión sexual cometida por un extraño. Desde luego las faltas y los delitos menores, especialmente aquellos dirigidos contra el patrimonio, son el campo mejor abonado para que fórmulas de mediación crezcan con éxito. Pero eso no significa que deban excluirse otros supuestos.

Esto no prejuzga cuál deba ser la eficacia del acuerdo en que plasma la mediación. Es evidente que en la delincuencia de bagatela o en las faltas podrá admitirse con facilidad un sobreseimiento por oportunidad; o un perdón eficaz del ofendido. Y en delitos de mayor gravedad tan solo se llegará a una atenuación o a determinadas ventajas en el campo de la ejecución.

9. Las consecuencias

En varios planos puede operar el acuerdo reparador en que plasma la mediación:

- a) Como alternativa al proceso (desviación) determinando una especie de sobreseimiento que en su caso podrá estar condicionado. Este tipo de resultado exige una reforma legal. En el régimen vigente solo tendría cabida en casos muy específicos

por la vía de la institución del perdón (especialmente, aunque no de manera exclusiva, delitos de injuria y calumnia: art. 130 del Código Penal).

- b) Como alternativa a la pena. En la legislación vigente está abierto este cauce por la vía de la suspensión de la ejecución de la condena (arts. 80 y ss. del Código Penal). Sería deseable que la reparación apareciese de forma más explícita en el seno de esta institución, de forma que a la misma se anudase con mayor facilidad ese beneficio, incluso suavizando algunas de las exigencias legales. El indulto es otra institución por la que puede canalizarse la eficacia del acuerdo reparador.
- c) La reparación concebida como pena, siempre alternativa, al modo de los trabajos en beneficio de la comunidad, y con un contenido flexible es una concepción que está todavía por explorar. En nuestro ordenamiento seguramente es más prudente comenzar por pasos menos audaces¹¹.
- d) La reparación con una eficacia mitigadora de la pena. Es el aspecto donde más cabida tiene en nuestro ordenamiento actual la reparación –con o sin mediación previa-. Aparece como una atenuante a la que puede otorgarse el carácter de calificada (art. 21.5ª del Código Penal). También como aspecto a valorar para acceder a una sustitución de penas (art. 88 del Código Penal), o en la fase de ejecución para acortamiento de la condena (arts. 90 y ss. del mismo Cuerpo Legal).

Son conocidas y están bien expuestas y sistematizadas en la bibliografía más manejada esas eventuales consecuencias y su alcance en la normativa penal vigente. Muchas de esas incidencias son susceptibles de mejoras puntuales. Pienso por ejemplo en la necesidad de equiparar a la reparación el significativo esfuerzo reparador. O en extender la institución del perdón, bajo el debido control judicial, a otras infracciones.

De cualquier forma de nuevo quiero resaltar que no siempre y necesariamente ha de ser la mediación el paso ineludible para esas consecuencias. Sin previo proceso de mediación la reparación surgida unilateralmente, o la conciliación directa sin intermediarios llevará normalmente aparejada iguales consecuencias.

¹¹ Para una breve síntesis de las propuestas tendentes a darle a la reparación el formato de sanción penal y del estado de la cuestión puede consultarse en SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a Belén, *La reparación del daño ex delicto*, Comares, Granada, 1997.