

Actualidad y futuro de la Mediación penal¹

Antonio del Moral García

Fiscal del Tribunal Supremo.

Profesor del Instituto de Empresa

Resumen

Se ofrece una panorámica general de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español. Cabe diferenciar dos planos. Uno estrictamente legal: la mediación penal en materia de menores recogida de manera expresa en su legislación específica. Otro, no recogido todavía en la legislación: la mediación en el proceso penal de adultos. Pese a su falta de reconocimiento legal, se aprovechan las posibilidades jurídicas que enlazan con la filosofía de la Justicia Restaurativa para dar cumplimiento a las exigencias de la normativa europea. En todo caso se debe actuar sentando sólidas bases para evitar el utilitarismo que ha alentado la eclosión de las conformidades judiciales en los últimos años.

¹ Este trabajo es una reelaboración desde otras perspectivas de unas notas presentadas a una Jornada sobre mediación celebrada en el Centro de Estudios Jurídicos en enero de 2008 y publicadas posteriormente en la obra colectiva coordinada por C. Sáez Rodríguez, *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador*; Cizur menor, Centro de Estudios Jurídicos-Aranzadi, 2008. En la Revista "Familia", editada por el Instituto Superior de Ciencias de la Familia de la Universidad Pontificia de Salamanca con el título *Perspectivas de la mediación en el ámbito penal: reflexiones de un Fiscal* aparecería de nuevo en su esqueleto básico y en muchas de las ideas vertidas en ese trabajo (nº 36, enero de 2008, pp. 79 y siguientes). Con algunas variaciones por la diversa finalidad he tenido ocasión de nuevo de dar publicidad a esas ideas en un trabajo pendiente de publicar en una obra colectiva sobre Mediación gestada en el Centro Universitario Villanueva. Aquí, aún consciente de muchas reiteraciones., se trata de trasladar el contenido de la intervención desarrollada en las Jornadas Anuales sobre mediación familiar celebradas en Salamanca los días 12 y 13 de marzo de 2010 organizadas por los Institutos Superiores de Ciencias de la Educación y Ciencias de la Familia de la Universidad Pontificia de Salamanca.

Palabras clave: mediación, reparación, conciliación, proceso penal, utilitarismo.

Abstract

The author offers a general view of the criminal mediation in the Spanish legal system. Two approaches can be made. One strictly legal: juvenile mediation which has its own regulation. The other one, penal mediation which is not ruled yet. In spite of its lack of regulation, in order to comply with the European Union demands, juridical possibilities of Restorative Justice are taken into account. In any case, it is necessary to implement a solid system in order to avoid the utilitarianism of the latest judicial practice.

Keywords: mediation, reparation, conciliation, criminal proceeding, utilitarianism.

1. La Mediación penal: Fundamento y aclaraciones conceptuales

Esta modesta aportación solo quiere dar cuenta del estado de la mediación penal en nuestro actual ordenamiento. No es momento ni lugar para abordar de forma profunda la filosofía y concepción del Derecho Penal que anida tras las fórmulas mediadoras incrustadas en el proceso penal. No obstante insistiré en alguna reflexión ya realizada en trabajos anteriores sobre esta materia que quiere alertar sobre un peligro que puede arrastrar la mediación y la justicia restaurativa al el camino equivocado en mi opinión por el que ha ido deslizándose la potenciación de las conformidades en el proceso penal. Si se olvida la filosofía de fondo de la justicia restaurativa, la mediación puede degenerar en un sistema de resurrección de la venganza privada, precisamente aquella que se quiso desterrar con el derecho penal (poner al infractor en manos de la víctima); o en una justicia de clase en la que el pudiente mediante pagos económicos que satisfacen a la víctima, compra una libertad, que sin embargo no puede eludir el delincuente marginal, de extracción social baja. Descubrir que la reparación representa algo más que la pura indemnización pecuniaria; insistir en la voluntariedad de la mediación convertida en forma de dar cauce a hondas exigencias del hombre (pedir perdón; perdonar; sentirse perdonado; recibir la petición de perdón del ofensor) y no en una pura estrategia procesal es punto de partida necesario.

La mediación es una herramienta de la justicia restaurativa. Esta modalidad de justicia, en mi opinión, viene a complementar –que no a sustituir– la justicia retributiva y la justicia rehabilitadora. También recelo de movimientos que quieren relegar el papel de la retribución

y la rehabilitación. La reparación no sustituye a aquéllas, pero sí que las complementa.

Si la retribución pone el acento en la infracción de la norma y el fin expiatorio; y la rehabilitación en el delincuente y la prevención especial; la justicia restaurativa quiere recuperar el objetivo de la reparación y el protagonismo de la víctima. Creo que son tres vertientes complementarias y no excluyentes y que con esa visión la justicia restaurativa tiene mucho que aportar a nuestro sistema penal. No puede convertirse en una nueva forma de privatización del derecho penal. El delito comporta un conflicto entre personas. Eso es lo que viene a subrayar la justicia restaurativa –o restauradora, según otra nomenclatura²–, que aboga por devolver la solución del conflicto a los implicados, sin que el Estado lo expropie. Pero no puede relegarse una idea importante: cuando nos adentramos en el derecho penal el conflicto no se entabla solo entre víctima y victimario, sino que de alguna forma toda la sociedad está afectada. Por tanto junto a la víctima actual ha de tenerse presente a la víctima potencial. El derecho penal ha de buscar reparar, satisfacer, a la víctima actual. Pero también tiene como objetivo evitar que la víctima potencial se convierta en víctima actual. Por eso no puede renunciar a la finalidad preventiva que en el derecho privado no está presente o lo está de manera muy secundaria.

Justicia restaurativa no significa limitar el fin del derecho penal al indemnizatorio o reparador (satisfacer a la víctima) diluyendo las diferencias con el derecho civil. Pero sí redescubrir que la reparación –concebida como algo mucho más rico que la pura indemnización económica– puede tener también unos efectos preventivos importantes. Por eso esta tercera vía (la reparación, al lado de la sanción y la medida) es digna de ser explorada. Aunque, y creo que esto es también en mi opinión clave de su éxito, se implante siendo conscientes de que no es la panacea del derecho penal, ni puede sustituir a las penas, ni está llamada a desplazar totalmente a las mismas, sino tan solo a desplegar un papel, seguramente modesto en cuanto a su eficacia o extensión, pero profundo en cuanto a lo que representa de incorporar al derecho penal otra filosofía. Entre una desmedida, entusiasta e imeditada euforia que vería en la mediación el remedio de

² Por todos, ver M. del M. Carrasco Andrino, *La mediación delincuente-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), nº 34, marzo 1999, pp. 68 y ss.; S. 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, Madrid 2007, pp. 228 y ss; y en especial la completa y excelente monografía *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica* de G. Varona Martínez, Comares, Granada 1998.

todos los males del proceso penal, y el escepticismo, tiene que abrirse paso una prudente vía intermedia que sitúe la justicia restaurativa en el lugar llamado a ocupar en un derecho penal que sigue siendo necesario pero que necesita de progresivas transformaciones (no revoluciones) que enriquezcan sus contenidos y afinen sus objetivos.

Esas ideas renovadoras, que intentan enriquecer los fines del proceso penal, responden, como es conocido, a coordenadas internacionales. Surgieron en el mundo anglosajón³. Luego tuvieron eco en países de la Europa continental⁴, en los que a las numerosas experiencias prácticas ha seguido su implantación legal con diversos niveles de institucionalización.

Hay varios conceptos implicados en esta materia que a veces no se manejan con toda propiedad: mediación, reparación, conciliación. Conviene antes de adentrarse en el examen de la regulación actual diferenciar esas cuestiones para no confundir la terminología y situar la mediación en su lugar exacto. Mediación no es sinónimo de justicia restaurativa, sino una de sus herramientas. La reparación y la conciliación son objetivos que la justicia restaurativa sitúa en un lugar preferente, aunque no excluyente. La mediación es solo una de las formas –no exclusiva– de alcanzar esos objetivos. Es un medio y no un fin por sí sola.

Detengámonos algo más en las diferenciaciones⁵.

La reparación engloba las indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil, pero desborda los parámetros exclusivamente pecuniarios y creo que sobre esto es preciso enfatizar mucho. Puede tener otros componentes que la justicia restaurativa invita a redescubrir. En ocasiones la víctima queda más reparada ante una petición de perdón que ante un resarcimiento económico; ante la percepción del esfuerzo reparador no seguido de logros efectivos pero movido por la conciencia de haber hecho daño y el sentimiento de que se debe subsanar; que ante la compensación pecuniaria de una compañía de seguros. Por eso han de recibirse desde esta perspectiva con aplausos las normas penales de otros países (como Alemania o Portugal) que sitúan al mismo nivel que la reparación el esfuerzo reparador.

³ En EE.UU. a través de la llamada ADR (Alternative Dispute Resolution). Se exportó enseguida a Canadá y a su entorno jurídico natural: Gran Bretaña. Una panorámica muy erudita sobre la progresiva extensión de la justicia restaurativa puede encontrarse en el trabajo de J. E. Peces Morate, *La Mediación en la Jurisdicción Penal en "Derecho Penal y Justicia en el siglo XXI"*, *Liber amicorum* elaborado como homenaje a Antonio González Cuellar; Madrid, Colex, 2006, pp. 1045 y ss.

⁴ Francia, Holanda, Bélgica, Alemania, Austria o Noruega.

⁵ Sigo en este punto a Manzanera Samaniego (*Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, pp. 27 y ss.), aunque soy consciente de que existen algunos matices en la nomenclatura en otros autores.

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 preñada de plasticidad. La conciliación supone que víctima y victimario han dado por zanjado el conflicto, que se han “reconciliado”. La conciliación supone la implicación de víctima e infractor. En la reparación basta con la voluntad de este último. La conciliación solo será posible cuando hay delitos con víctima. Nunca en delitos sin víctima, o con una víctima difusa como pueden ser el colectivo, o institucional (una Administración Pública). La reparación cabe en todo caso. También, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente que no atentan contra nadie en particular y en los que el Código la acoge de forma expresa (arts. 339 y 340 del Código Penal).

La mediación es tan solo un proceso que puede abrirse para alcanzar la reparación o la conciliación. A diferencia de otros campos donde siempre existen dos partes enfrentadas (derecho de familia, derecho privado, derecho laboral) que se sitúan en una posición inicial de igualdad, en el campo penal cambian las tornas pues de partida encontramos una víctima y un presunto infractor. La mediación –y esta caracterización vale para todos los ámbitos jurídicos– se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso e imparcial, ayuda a las personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar como simbólica. La mediación penal reparadora se lleva a cabo de forma paralela al proceso jurisdiccional pero podría llegar a condicionarlo o influir en él. El modelo restaurativo que incorpora la mediación no menoscaba el monopolio jurisdiccional. Significa tan solo la introducción en el proceso penal de un incidente autocompositivo. Es esencial la voluntariedad de las partes. Sin la aquiescencia libre de ambas no se podrá abrir el incidente. Han de respetarse todas las garantías procesales. Las consecuencias del seguimiento de ese proceso paralelo dependerán de los resultados alcanzados. Idealmente podrían moverse entre el archivo por razones de oportunidad, la suspensión de condena, la apreciación de alguna atenuante u otras.

Acoger la posibilidad de mediación en la norma potenciaría esos resultados que se consideran deseables: reparación, conciliación. La mediación puede no llegar a alcanzar ninguno de esos dos fines por diversos factores. Habrá un proceso de mediación frustrado.

También puede existir reparación, sin previa mediación; y conciliación, sin mediación (esto último será un tanto insólito si no existían relaciones previas entre los implicados). E igualmente puede darse conciliación sin reparación y al revés: reparación sin conciliación.

2. La Mediación penal en el ordenamiento español: Legislación de menores

Al tratar de dar cuenta del estado de la mediación penal en nuestro ordenamiento hay que distinguir dos situaciones. En el derecho penal juvenil la mediación está regulada y acogida plenamente. Otra cosa es su vigencia en la práctica que difiere según las distintas Comunidades Autónomas.

El Derecho penal común, sin embargo, ignora la mediación. Pese a ello se han conseguido incrustar algunas experiencias poniendo en marcha esas técnicas buscando cobijo o resortes en algunas instituciones del Código Penal. También en el derecho penitenciario⁶. A esas experiencias me referiré en un epígrafe posterior. Aquí trasladaré el estado de la cuestión en la jurisdicción de menores.

En España en el plano del derecho positivo la mediación penal fue recogida –como en casi todos los países europeos– en el ámbito del derecho penal juvenil, por medio de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores. En la Exposición de Motivos de la Ley (apartado 13) se puede leer: *“Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.*

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

⁶ Vid. A.L. Ortiz González, *Mediación Penal y penitenciaria: propuestas para el futuro* en Revista “Familia”, nº 36, enero de 2008, pp. 11 y ss.

adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”.

Esas ideas cristalizan en los arts. 19 y 51 de la Ley, y en el artículo 5 del Reglamento de la citada Ley aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio. Bajo la leyenda “Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima”, dispone el citado artículo 19: “1. *También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.*

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

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

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

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

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

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

Se puede comprobar como aparecen ahí los conceptos que antes se intentaba clarificar. De una parte la conciliación: se piden disculpas y éstas son aceptadas. Es preciso el concurso de una actitud positiva por parte de infractor y víctima (o representantes legales de ésta en su caso). La reparación se entiende en un sentido amplio que abarca también tareas en beneficio de la comunidad y el simple compromiso. Y el tercero encargado en su caso de la mediación es el Equipo Técnico con que cuenta cada Juzgado de Menores. Los efectos procesales de esa reparación o conciliación, siempre que concurren ciertos requisitos relativos a la modalidad delictiva y su gravedad, vendrán constituidos por un archivo por principio de oportunidad. Se entiende por el legislador que esa consecuencia puede suponer una respuesta suficiente para el delito y deja en manos del Fiscal la posibilidad de desistir de la incoación de expediente (diversión en la terminología más difundida en los países latinoamericanos). Se atiende de esa forma a una orientación de política criminal en materia de menores acogida en casi todos los Países europeos⁷ e impulsada y promovida por los textos internacionales. La Regla 11 de las Reglas Mínimas para la Justicia de Menores, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en Beijing en noviembre de 1985 alude de forma clara a esa forma de tratamiento de la delincuencia juvenil en la que insistirá el art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas y que es derecho aplicable en España (en su apartado 3, letra b) se alienta “*siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños (que han infringido las leyes penales) sin recurrir a procedimientos judiciales*”). Y por cerrar las referencias supranacionales no pueden dejar de mencionarse las Recomendaciones nº R (87) 20 y (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que propugnan incentivar las medidas desjudicializadoras en el tratamiento de la delincuencia juvenil, con uso de la mediación y medidas de tipo restaurativo.

Por su parte, en el art. 51.3 de la Ley se da entrada a la conciliación o reparación cuando ya existe sentencia imponiendo una medida al menor: “*La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el art. 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el*

⁷ Hasta el punto de que en algunos como Austria es la opción preferida por los Tribunales Juveniles. De ello da cuenta J. R. Muñoz Oya, *La mediación en el proceso penal de menores* en la obra colectiva “El Derecho Penal de Menores a debate” (I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil), Coordinadores: I. Benitez Ortugar y M. J. Cruz Blanca, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 185 y ss.

tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”.

Los arts. 4 y 5 del Reglamento de desarrollo de la Ley aprobado por Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio, disciplinan respectivamente la composición y forma de funcionamiento de los Equipos Técnicos que en materia de menores se constituyen en mediadores; y la forma de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales y entre ellas la mediación. El procedimiento es simple: se incoa a instancia del Ministerio Fiscal. El Equipo técnico cita al menor, representantes legales y abogado defensor; a los que oírás tras proponer alguna solución extrajudicial que consideren adecuada. En caso de rechazo, se cierra el incidente. Si hay aceptación tanto del menor como por parte de los representantes legales continúa el procedimiento contactándose con la víctima (o sus representantes legales). Si ésta acepta participar en el proceso se propicia un encuentro (no necesariamente físico) para alcanzar un acuerdo reparador o de conciliación. La reparación puede ser directa o social, a través de la prestación de servicios a favor de la comunidad.

Cabe también que la iniciativa surja del propio Equipo Técnico que habrá de proponer al Fiscal la iniciación del proceso de mediación.

3. Reparación y conciliación en el Derecho penal de adultos

Aunque la mediación es desconocida en nuestro ordenamiento penal común, la reparación tiene algunos reflejos en los textos penales. 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.

No se admite la reparación como alternativa al proceso (desviación). No se contempla una especie de sobreseimiento que en su caso podrá estar condicionado a esa reparación. Sí que en algunos casos singulares (retractación en el falso testimonio; regularización en los delitos contra la Hacienda Pública...) la conducta activa del infractor antes del comienzo del proceso penal restaurando el orden violado se erige en excusa absolutoria y por tanto en una causa de exclusión del delito (desaparece el elemento de la punibilidad). Pero, a diferencia de otros países como Francia, no está previsto legalmente un sobreseimiento por haberse alcanzado la reparación o la conciliación. A lo más que se puede llegar es a una atenuante, la prevista en el art. 21.5ª.

Tal artículo considera circunstancia que habrá de mitigar la pena “la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral”. En otros

lugares del Código se recogen en supuestos particulares unos efectos también atenuatorios derivado de conductas de reparación (delitos de injuria y calumnia –art. 214: reconocimiento de la falsedad de la imputación y retractación–; delitos contra el medio ambiente –arts. 339 y 340 citados...).

Son también dignos de mención como ecos de la filosofía restaurativa, el art. 91.2 del Código penal que contempla la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional de 90 días por año efectivamente cumplido; o el artículo 88 CP donde se establece como criterio para la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, el esfuerzo “por reparar el daño causado”.

Una salida exculpatoria derivada de la reparación solo se consigue de forma indirecta en un grupo muy reducido de delitos en que se admite el perdón por parte de la víctima como forma de extinción de la responsabilidad penal. El perdón no ha de ser consecuencia de la reparación necesariamente. Pero habitualmente es fruto de un acuerdo extrajudicial explicable solo desde la indemnización o reparación recibida por la víctima. Las imprudencias son el campo donde más frecuente es este tipo de renunciaciones. Los delitos de injuria y calumnia por su carácter privado también admiten el perdón con esa eficacia. Pero pocas infracciones más otorgan al perdón esa consecuencia.

El perdón supone un canal a través del cual la reparación puede actuar como alternativa a la condena. También puede tener la reparación una consecuencia de alternativa a la pena a través de la institución de la suspensión de condena (arts. 80 y siguientes del Código Penal). Sería deseable que la reparación apareciese de forma más explícita en esa regulación, 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, aunque el carácter excepcional y puramente discrecional de esa facultad del Gobierno condiciona mucho su operatividad.

La reparación concebida como sanción, siempre alternativa, al modo de los trabajos en beneficio de la comunidad, y con un contenido flexible es una concepción que ha sido propugnada en algunos países. En nuestro ordenamiento no existe esa modalidad. Seguramente la peculiaridad del proceso penal español donde se ejercitan al mismo tiempo las acciones penales y civiles hace más dificultosa esa construcción⁸.

⁸ 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 M^a. B. Sainz-Cantero Caparrós, *La reparación del daño ex delicto*, Comares, Granada 1997.

También se puede descubrir en el derecho penal de adultos un reducidísimo espacio para la conciliación. En un sentido riguroso del concepto, el Código Penal ofrece tan solo algunas referencias indirectas y muy particulares (como en los delitos de injuria y calumnia cuya persecución exige con carácter previo la celebración de un acto de conciliación que en todo caso ha degenerado en un puro trámite burocrático que solo es un requisito a cumplir para que admitan la querrela). La conciliación también puede estar detrás, aunque no necesariamente, del instituto del perdón, con el ámbito en el derecho penal vigente tan limitado que se ha descrito.

4. Experiencias de mediación en el proceso penal de mayores

No existe en materia penal de mayores ninguna puerta abierta a la mediación, ni la más mínima referencia a esa institución. La situación de la mediación en el derecho penal de adultos es, pues, de anomia, con una sola excepción: la 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. Pese a los intentos exegéticos de algunos autores esforzándose por salvar algunas excepciones, tal precepto prohíbe de manera indubitada la mediación en esa materia tanto en el ámbito civil como en el penal. La disposición no admite una interpretación correctora. Desde luego me uno a las autorizadas y numerosas voces que han abogado por la supresión de esa limitación que no tiene justificación suficiente, siempre que 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.

La ausencia de toda mención en la legislación, a diferencia de lo que sucede en otros campos (especialmente el familiar) no ha impedido la puesta en marcha de algunas experiencias de mediación penal en la justicia de adultos, surgidas muchas veces del tejido social y alentadas por el Consejo General del Poder Judicial. En la actualidad son unos ochenta órganos de la jurisdicción penal los que a lo largo de toda la geografía española tienen en marcha programas de mediación penal. El Consejo General del Poder Judicial recientemente publicaba un trabajo bautizado *Justicia restaurativa y mediación penal* en el que se analiza de manera extensa y con abundantes datos las experiencias llevadas a cabo entre los años 2005 y 2008. La consulta del texto es obligada para quien quiera profundizar algo en el estado de la mediación penal en nuestro país⁹. Junto a esa referencia,

⁹ Los autores son J.C. Ríos Martín (Profesor de derecho penal Universidad Comillas. Abogado y mediador), M. Martínez Escamilla (Catedrática de Derecho Penal en la

existe ya una bibliografía relativamente nutrida que reflejan resultados de esas experiencias de mediación en el ámbito penal¹⁰.

En general los protocolos de actuación se asemejan a la fórmula ensayada en la jurisdicción de menores, aunque con peculiaridades. Se eligen supuestos en que exista por parte del infractor una aceptación de sus responsabilidades para eludir un menoscabo de la presunción de inocencia. De implantarse legalmente la mediación, creo que la vía sería la de una genérica información de esa posibilidad semejante a la que se hace en el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se suelen distinguir en los protocolos elaborados como fruto de esas experiencias diversas fases. La iniciativa surgirá del Juez o del Ministerio Fiscal comunicándolo al imputado. De aceptar el mismo asistido de letrado y acordarse por el Juez, se da traslado de los documentos necesarios al Servicio de Mediación que está formado por equipos de voluntarios con una formación específica.

Se contacta con la víctima con explicación clara de lo que significa la mediación, sus finalidades, el procedimiento... El consentimiento voluntario y claro de las dos partes permitirá propiciar primero un encuentro con cada una de las partes. En los juicios de faltas se sigue una operativa similar.

Se puede pasar ya a la fase de encuentro dialogado que supone la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y la per-

Universidad Complutense de Madrid, J. L. Segovia Bernabé (Profesor de Ética social. En la Universidad Pontificia de Salamanca. Jurista y mediador); M. Gallego Díaz (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Comillas), P. Cabrera (Sociólogo. Profesor en la Universidad Comillas) y M. Jiménez Arbelo (Socióloga. Trabajadora social).

¹⁰ Pueden citarse P. Sánchez Álvarez, *Mediación Penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde*, R. Sáez Valcárcel, *La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia*; R. M. Freire Pérez, *Reparación y conciliación. El Derecho Penal y los intereses de las víctimas e imputados*, E. Pascual Rodríguez, *La mediación en el derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento: un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales*; J. C. Ríos Martín, *La mediación Penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal*; y M. P. Benito Osés. y E. Santos Itoiz, *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 personal profesional 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*); O. Silva Sánchez (*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*). Al final del volumen se recogen unas ricas conclusiones elaboradas por J. C. Ríos Martín y T. Olavaria Iglesias.

sona mediadora lo considera posible. Pero no sobra apostillar que es posible llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas. Esta fase puede durar una o varias sesiones, según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas. Se aplican las técnicas de la mediación controlando los niveles de tensión, asegurando a las partes el uso de la palabra, aclarando opiniones, resumiendo y traduciendo las mismas. Es tarea del mediador lograr que las partes enfrentadas dialoguen sobre los hechos, llegando a una verdad común que los dos acepten, así como que expresen libremente sus sensaciones y sentimientos ante el otro. Así podrá llegarse a un acuerdo que satisfaga tanto a la víctima, como al acusado.

Si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta un documento en el que quede plasmado el Acuerdo de reparación. Si no se alcanza un acuerdo el Equipo de mediación informa al Juzgado, reanudándose el procedimiento que había quedado suspendido mientras tanto. El procedimiento podrá finalizar ya conforme a las normas procesales ordinarias con una conformidad, privilegiada o no, y con las soluciones sustantivas antes apuntadas (atenuante de reparación en su caso cualificada; suspensión de condena; posible sustitución de la pena... o incluso el perdón si se trata de una de esas aisladas infracciones en las que se admite la disponibilidad de la acción penal por parte de la víctima).

5. El futuro

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI)¹¹, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal establece que: *“Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...] Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpa-do que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...] Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006”* (arts. 10 y 17). No obstante, el Estado español aún no ha hecho frente a las obligaciones legislativas impuestas por la Unión Europea en este campo. Ni siquiera se atisba un propósito de afrontar esa tarea en un horizonte cercano. *“Se trata –se ha dicho– de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efec-*

¹¹ Diario Oficial nº L 082 de 22 de marzo de 2001, pp. 1-4.

tos y consecuencias de la misma” (respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004).

Así pues, las perspectivas de futuro son inciertas en cuanto a fechas. Además de las experiencias relatadas, se han producido estudios, encuentros y propuestas. Algunos con cierto impulso oficial y con la finalidad de acometer la reforma, pero esos intentos no han llegado a buen fin y se han paralizado. Existen ya estudios y trabajos para incorporar esos principios al Derecho Penal de mayores y dar amparo legal a las experiencias citadas.

Al hilo de la tramitación del proyecto de reforma del Código Penal que afecta a numerosos preceptos de tal Cuerpo Legal algún grupo parlamentario ha propuesto unas enmiendas que querían incorporar, aunque fuese de manera embrionario, la mediación penal en las diligencias urgentes y en los juicios de faltas. Las enmiendas no han prosperado y no parece que en el paso por el Senado de la reforma vayan a producirse novedades en ese punto.

Surgidas de esas prácticas en diversos juzgados diseminados por algunos puntos de la geografía española se han elaborado unas propuestas concretas de reforma que afectarían tanto al derecho penal sustantivo como al procesal.

En el primer plano se propone dar cabida a la conciliación como causa de atenuación en las causas por delitos; y abrir la posibilidad de sobreseimiento libre por principio de oportunidad en las faltas en los casos de mediación que haya derivado en acuerdo conciliatorio. Se propone asimismo ampliar los espacios de la suspensión de condena cuando haya existido mediación exitosa.

En el terreno procesal se articulan mecanismos para insertar el incidente conciliatorio en los diversos procesos.

Por fin se articula una mínima regulación de los Equipos de mediación.

Por mi parte creo que abordar esa tarea es un reto, además de una obligación legal. Pero que conviene ser cautos y sobre todo no perder de vista el sentido último de la justicia restaurativa (provocar espacios de encuentro; de diálogo; abrir el derecho penal a otras finalidades) para no depositar tampoco en esas eventuales reformas esperanzas que serían defraudadas. La serialización de la mediación, su burocratización o presentarla como el remedio para aliviar la sobrecargada justicia penal constituyen un peligro pues se perderían los contenidos convirtiéndose el proceso en una estrategia procesal más, dando la razón a quienes muestran sus reservas ante la justicia restaurativa. Sólo desde esos planteamientos bien enraizados se puede salir al paso de algunas de las más fundadas críticas que se han dirigido a la justicia restaurativa: la recuperación de una justicia de clase; la coacción indirecta a la negociación o la pérdida de algunos valores esenciales del derecho penal liberal (igualdad, preservación

de las garantías)¹². La mediación, especialmente en materia penal, no es un problema de sostenibilidad sino de concepción del derecho penal. Por eso, aunque la mediación acarree mayores costes, aunque su rentabilidad en términos economicistas fuese muy baja o nula, o incluso negativa, no habría que renegar de su implantación. Las principales bazas a favor de abogar por un relieve más acentuado de la mediación en el campo penal no son de corte 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 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. Aunque pueda comportar 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.

¹² H. Roldán Barbero, *La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar* en "Revista Penal", La ley, nº 11, enero de 2003, pp. 118 y ss.