

# La Mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal

**Andrés Martínez Arrieta**

*Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo*

## Resumen

Se analiza la mediación penal desde el punto de vista legal y se justifica la importancia de la reparación como consecuencia del delito. Apunta los límites y las posibilidades de la mediación, así como la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español de una normativa acerca de la mediación penal. Para ello establece los requisitos de su futura regulación legal. Finalmente desarrolla su aplicación jurisprudencial.

**Palabras clave:** sistema penal, reparación, jurisprudencia.

## Abstract

This paper presents penal mediation from a legal perspective and justifies the importance of reparation as a consequence of crime. It bears in mind the limits and the possibilities of mediation and the need for its regulation in Spain. He settles the requirements for a future penal mediation law. Finally, it deals with its enforcement by the Courts.

**Keywords:** penal system, reparation, jurisprudence.

## 1. Introducción

Agradezco esta oportunidad para realizar algunas reflexiones sobre la mediación penal. También para poner en común alguna reflexión sobre la deriva del Derecho Penal y confrontarla a fin de mejorar, entre todos, la prestación del servicio público de la justicia, comprensiva de la mediación, como herramienta para lograr un sistema penal justo.

La mediación penal es una herramienta desarrollada y regularizada en otros países de nuestro entorno político y cultural, y sin desarrollo en nuestra legislación penal, aunque ha tenido un importante desarrollo legislativo en otras áreas jurídicas. Nuestro legislador ha desoído el mandato europeo de legislar sobre la mediación penal. No obstante, desde la sociedad civil, han surgido numerosas iniciativas. De la mano de Ayuntamientos, organizaciones del ámbito de la Iglesia Católica y universidades, se han realizado experiencias de implantación aprovechando resquicios de nuestro ordenamiento. En el denominado “foro legislativo judicial” se han desarrollado importantes ensayos que posibilitan su desarrollo actual. Los tiempos presentes, fuertemente marcados por la agresión del 11 de septiembre y del 11 de marzo, no son los más propicios para la reivindicación de una nueva forma de resolver conflictos, como la mediación, aunque sí para su estudio y práctica de experiencias. Se trata de contribuir a su desarrollo, preparando caminos de salida al sistema público de represión de hechos delictivos, atascado, desde hace mucho tiempo, en la inoquización de las personas a las que se imputa un hecho delictivo y en la formulación de un proceso penal excesivamente vertical, de Juez a imputado, sin intervención de la víctima. Es, precisamente, por las disfunciones del sistema vigente por lo que la mediación está teniendo un desarrollo que considero imparable.

El sistema público de represión de hechos delictivos no ha avanzado apenas en el último siglo. La consecuencia jurídica correspondiente al delito se basa en el sistema de la inoquización sobre el que pivota desde hace tres siglos la respuesta penal. Este sistema no reporta ningún beneficio al interno, antes al contrario, afecta seriamente a su dignidad y esta afectación se produce tanto en las penas cortas como en las de larga duración; tampoco a la víctima, a la que no se la deja participar en la pacificación de su conflicto. Respecto a la sociedad, si bien inicialmente es compensada con una respuesta que afianza la observancia de la norma (prevención general) y de esta forma, la convivencia basada en la observancia de la norma, a la larga esa solución supone aparcar el problema sin atender a las bases del conflicto y es absolutamente disfuncional respecto a penas inferiores a cinco años. Es por ello que las legislaciones modernas prevén un Derecho Penal superador de la doble vía, pena y medida de seguridad, y es sustituido por otro de triple vía, pena, medida y reparación.

Otro tanto cabe señalar respecto al sistema procesal. Es preciso convenir en la correlación existente entre la construcción de los procesos penales y la articulación política de cada sociedad en su respectivo tiempo histórico. Así lo pusieron de manifiesto Goldschmidt (“Problemas jurídicos y políticos del proceso penal” 1935) y Bethiol (“Instituciones de derecho procesal y penal”) al afirmar que “los principios de la política procesal de una nación no son sino segmentos de su política estatal en general”. En el mismo sentido, Mir Puig en 1975 señalaba que el Derecho Penal y el proceso penal responden a una determinada política criminal, y esta a la política general de cada Estado.

Trasladando las anteriores afirmaciones a la realidad procesal, comprobamos fácilmente esa correlación. Al estado absoluto del Antiguo régimen correspondió con un Derecho Penal articulado en torno al principio inquisitivo en el que el Juez, el alguacil, siempre dependiente del Rey como delegado suyo, inquiría el hecho e imponía la pena. Es a partir de la Revolución francesa, cuando fiel a sus postulados que origina el poder en el pueblo, se empieza a atisbar unos ordenamientos regidos bajo el principio acusatorio que se acentúa con el paso del tiempo hasta un proceso penal regido por la separación de las funciones de acusar, de instruir y de juzgar, el reconocimiento del principio de que el acusado debe conocer con carácter previo el hecho del que se le acusa y a la proclamación del derecho de defensa con los principios que de él se derivan. Al estado denominado de bienestar le corresponde un proceso de corte conciliador, donde el Juez debe ser el árbitro de una situación originariamente conflictiva para cuya solución brinda una organización destinada a tratar de resolver el conflicto surgido por el delito. La resolución del conflicto no ha de pivotar exclusivamente sobre el Estado, solución vertical, imponiendo una pena, sino que ha de conjugar la verticalidad y la horizontalidad, dando juego a interlocutores sociales, recuperando el diálogo como vía de solución del conflicto.

Nuestra sociedad actual ha superado esta fase y hoy nos encontramos inmersos en una economía globalizada, una sociedad terriblemente influenciada por los asesinatos terroristas de las torres gemelas, 11-S, de los trenes de cercanías de Madrid, 11-M, y, además, una sociedad de riesgos, elementos que han conformado una sociedad distinta. Esa transformación puede ser explicada, plásticamente, como el paso de la cadena de montaje al trabajo en red, cuando hablamos de sistemas de producción, o de una sociedad de consenso a una de tolerancia de cero, cuando hablamos de actuaciones de control de la sociedad.

Los albores de la cultura de la mediación comenzaron a desarrollarse en algunos ámbitos jurídicos, (menores, familia) y se han realizado algunos ensayos en penal en plena sociedad de bienestar. A mi juicio un proceso basado en el consenso es imparabile aunque coyun-

turalmente puedan producirse regresiones en su desarrollo. Los tiempos actuales no son los más propicios para articular un proceso de mediación, pero se hace preciso su análisis y estudio en espera de la superación del punitivismo actual.

## **2. La situación actual del sistema penal**

Una de las características fundamentales del sistema penal actual es la atribución de la persecución penal en exclusividad al Estado, diferenciándose en ello de lo que sucede con las otras ramas del derecho en las que el servicio de justicia se limita a decidir respecto de un conflicto que se plantea entre partes, siendo estas las que someten su conflicto al Juez. En el penal, el Estado resuelve frente a una pretensión de justicia que plantea otro órgano del Estado, la acusación pública, ocasionalmente otras acusaciones y la defensa. Raúl Zaffaroni denomina a esta situación la de la expropiación a la víctima del conflicto del que es parte.

El Estado asumiendo esta función, se hace cargo totalmente del sistema penal y toma en sus manos el elemento más poderoso en materia de control social. Asume la defensa de la sociedad y de cada víctima. Esa víctima que era individual, conocida y perjudicada en el hecho, es reemplazada por otra abstracta y simbólica, representada por la comunidad institucionalizada. Esta atribución al Estado se realizó en un momento histórico en el que al derecho le interesaba poco y nada el individuo como tal, sino que era el Estado que encargado de dar seguridad sentía como una afrenta la causación de un mal a una persona. Desde entonces, muy pocas cosas han cambiado en el sistema penal.

Una vez que el Estado ocupa el lugar de la víctima asume su posición y no sólo le quita todos sus derechos sino que asume la posibilidad de ir más allá del daño real sufrido, incluso en contra de los deseos de la víctima. Surge así formulaciones que se engloban en torno a la necesidad de proteger el Estado a través de garantizar la observancia de la norma (prevención general) sin necesidad de proteger los concretos bienes jurídicos afectados.

El delito deja de tener significado como conflicto y pasa a ser considerado infracción, una desobediencia al soberano que debe ser castigada para restablecer su autoridad, disuadir a otros de conductas similares y asegurar la vigencia de la norma y su reconocimiento. Es decir, la norma y su observancia se transforman en el centro del Derecho Penal.

El monopolio de la aplicación del Derecho Penal otorga, en exclusiva, al Estado, la función de enjuiciar y castigar los hechos delictivos. Esta atribución al Estado tiene un origen claro y preciso en la

revolución francesa, APRA controlar el poder del Estado frente al investigado y, en principio, se fundamenta en la posición de garante del Estado respecto de los derechos procesales de los imputados y perjudicados, y lo actúa mediante el establecimiento de un sistema normativo que garantiza los derechos procesales de las víctimas y de los imputados en el hecho. Se trata, por lo tanto, de una concepción formal que legitima la intervención estatal en la gestión del conflicto nacido del delito por su objetividad e imparcialidad. En el carácter formalizado del proceso penal es la característica esencial del “ius puniendi” atribuido al Estado, y ha conformado un derecho procesal garantista de los derechos democráticos de las partes en el enjuiciamiento penal. El legislador procesal, utilizando una técnica de discriminación positiva ha fortalecido la posición del imputado y su derecho de defensa para configurar un proceso penal desde el principio de igualdad de partes.

Lo anterior es cierto pero ha de reconocerse que ese fundamento, con ser una exigencia básica del sistema penal de enjuiciamiento, es más aparente que real, pues siempre existirá una desigualdad en perjuicio del imputado. El Estado dispone de un instituto público de acusación y de una estructura de investigación policial que hace que su posición sea prevalente, aunque formalmente no lo sea y pese al sistema de discriminación positiva ideado para tratar de equiparar ambas posiciones. Por otra parte, como afirma el funcionalismo, dentro de un modelo sistémico, el Estado utiliza el Derecho Penal como medio, como instrumento, para asegurar la vigencia de la norma que ha promulgado.

No obstante esta objetividad y neutralidad del Estado en el diseño del proceso penal, ha propiciado la aparición de disfunciones inherentes al institucionalismo desde el que opera que han generado importantes lesiones a los auténticos intervinientes del proceso con graves consecuencias emocionales y dificultando, en definitiva, una solución humana, reparadora, restaurativa y resocializadora del conflicto.

La expresión de esta deshumanización la podemos observar desde la víctima, (el portero del procedimiento, el gran olvidado del proceso...) y desde el acusado-condenado (sin asunción personal del daño que produce, se defiende de una imputación sobre un hecho que parece ajeno a su responsabilidad). De alguna manera podría decirse que el acusado es ajeno al hecho imputado del que se defiende para evitar la consecuencia, y esa ajenidad hace que su inclusión en el sistema de enjuiciamiento no sea como parte de la solución sino como objeto de la indagación y elemento que se defiende de la persecución, en ningún caso como lo que es, protagonista del conflicto.

Antes de analizar la mediación, como medio de resolución del conflicto surgido a raíz del delito, es preciso enmarcar el contenido de la mediación en el contexto social y normativo de la sociedad

actual y buscar, en esa indagación, la realidad actual sobre la que actuar. En el mismo sentido, se hace preciso enmarcar la respuesta procesal a la indagación delictiva en el contexto histórico. Ambos análisis nos permitirán un mejor entendimiento de la situación actual, la verticalidad del actual sistema procesal y las necesarias modificaciones que han de postularse.

El Derecho Penal no es el derecho de hace veinte años, se han producido muchos cambios que es preciso encuadrar con su correspondencia a los cambios sociales. El Derecho Penal es, en la definición más clásica, un instrumento de control social formalizado. A su través el legislativo conmina con penas la realización de determinadas conductas que se consideran contrarias a la convivencia social. En la determinación del tipo de conductas incriminadas y la utilización del Derecho Penal, su menor o mayor extensión, tiene mucho que ver con la propia estructuración de la sociedad.

Un rápido repaso a la historia nos servirá para comprobar la conexión entre el Derecho Penal y el procesal penal y la respectiva estructuración de las relaciones sociales. El abandono de las leyes taliónicas y la imposibilidad de abordar individualmente la respuesta al hecho delictivo hizo preciso transferir la legítima respuesta individual al delito sufrido y pasarla al señor feudal o al rey. En la Edad media, el Estado se estructuraba en torno a la iglesia o el señor feudal. Se producía una articulación del hecho delictivo en torno a la idea de pecado y la pena era una exigencia de la justicia, análoga al castigo divino. El señor feudal disponía la pena y en el proceso penal surgieron los juicios de dios, como forma de indagar la responsabilidad penal. En la Edad media, el Estado evoluciona hacia formas de absolutismo, desaparece el poder de la Iglesia que es sustituido por el del rey absoluto y el Derecho Penal tiende a asegurar el sometimiento de los súbditos al rey, lo que incorporaba una prevención general sin límites, pues lo importante era la sujeción al mandato del rey o sus delegados que administraba justicia a través de sus alguaciles. En esta época surgen las ideas de contrato social, de Rousseau y las de Beccaria, postulando una limitación del Derecho Penal y su humanización, preludios de la Revolución Francesa.

La Revolución Francesa da comienzo a la ciencia del Derecho Penal con la instauración del principio de legalidad, en sus vertientes procesal penal y penal. De esta manera sólo será delito lo que contengan las leyes penales y sólo podrá castigarse, y depurarse la conducta que se investigaba de la manera establecida en las leyes de procedimiento. Esta nueva construcción del Derecho Penal hizo que éste se ocupara más del delincuente que de la víctima, pues su interés era el de limitar los poderes punitivos del Estado y se fundamentó la pena en la idea de retribución, pues era fundamento de la dignidad de la persona, que sólo debía ser castigada por lo merecido,

con el inconveniente de castigar también cuando la pena no era necesaria para el individuo o para la sociedad.

Las ideas liberales de la época sucumbieron ante la aparición de los fenómenos sociales que surgieron por la industrialización y la aparición del proletariado. El Estado dejó de ser el gendarme del mercado para estatuirse es agente interventor para reparar las desigualdades y la necesidad de luchar no sólo por los justiciables, también por las causas de la criminalidad. Este nuevo papel intervencionista del Estado insistió en la función utilitaria de la pena, general, especial y mixta que el Estado liberal no pudo plantearse. Surgen los estados totalitarios con un correlativo aumento del endurecimiento del Derecho Penal y la derrota de los fascismos tras la segunda guerra mundial, dio paso al Estado de bienestar que aprovechó los errores del liberalismo e introdujo importantes limitaciones al *ius puniendi* del Estado a través de la concepción Social y Democrática del derecho. Por el primero se produjo un interés en la efectiva protección del ciudadano, interesando la prevención general, y del autor del delito quien no podía ser apartado de la sociedad, sino interesar su recuperación, procurando la prevención especial, al tiempo que la concepción democrática del Estado procuró actualizar el carácter de instrumento formalizado, interesando la observancia de los derechos individuales del ciudadano sometido a la indagación penal.

Para poder entender los cambios que se han venido realizando en el Derecho Penal se hace necesario poner de manifiesto los profundos cambios que se han producido en el orden social y económico, particularmente en la sustitución del modelo “fordista” de la sociedad que llevo al estado de bienestar, y su sustitución por la sociedad de riesgos propio de una economía globalizada.

El modelo “fordista” se caracterizó por el trabajo en serie, la cadena de montaje de Henry Ford, donde se preveía que el crecimiento de los salarios estaba directamente relacionado con la producción y, se procedería a una redistribución de los recursos económicos contándose con un sistema generalizado de seguridad social. Todo ello redundaría, en definitiva, en la extensión de bienestar de la mayoría de la población. Su desarrollo tiene lugar a partir de la segunda Guerra Mundial que inauguró el movimiento llamado constitucionalismo social, que se inició con las constituciones alemana e italiana y en la que la española es su última representación. Con un sistema de derechos fundamentales y deberes, con un sistema de economía mixta, se propiciaba una división de poderes y un garantismo social y económico traducido en el estado de bienestar social.

El eje de este sistema “fordista” fue el estado social articulado sobre la idea de un posible crecimiento económico ilimitado con una mejor distribución de la riqueza y una mayor equidad social. El estado social de la posguerra significó la institucionalización de una forma de mediación, un verdadero pacto, entre las necesidades socia-

les y la lógica valorización del capital. En ese marco de seguridad, partidos políticos y sindicatos participaban en el intercambio a partir de búsqueda de consenso y acuerdos sobre el reparto de las consecuencias del crecimiento económico. Con los beneficios de la sociedad se atendía a los más necesitados de la sociedad procurando, a través de los mecanismos de asistencia social un salario mínimo de integración que posibilitaba una convivencia social.

Pero el modelo “fordista”, el estado de bienestar entró en quiebra con la crisis del estado social y las transformaciones económico-política del contexto social de los años 70 y 80 situándonos en el proceso de globalización económica al que corresponde un nuevo modelo social.

Ello ha provocado importantes transformaciones. En el plano económico la acumulación del capital pasa por otros recursos de naturaleza especulativa y afirmados ya no en el crecimiento sino en recursos financieros y de ingeniería financiera. En los ámbitos laborales, ha desaparecido la cadena de montaje, sustituida por el trabajo en red.

También en el marco de las políticas de los gobiernos se constata la tendencia del gasto gubernativo que aumenta más rápidamente que los ingresos produciendo una “crisis fiscal del estado” que provoca la necesidad de desatender a las personas que dependen de los servicios públicos. Al tiempo, se producen concentraciones de empresas, se ocultan las titularidades de las mismas y se lanzan al mercado productos con abaratamiento de costes de cara a ocupar el mercado.

La crisis del modelo del estado de bienestar ha provocado que de una parte desaparezca poco a poco la negociación como mecanismo de resolver conflictos y la irrupción de políticas de tolerancia cero conformándose una auténtica cultura de control con la aparición de una auténtica industria destinada al control surgen al mismo tiempo una cultura y una legislación de emergencia para tratar de contener en sus márgenes controlados y precisos el riesgo de la sociedad.

Irrumpen doctrinas como la de la tolerancia cero para asegurar el mantenimiento de una política criminal que sujete los riesgos de la convivencia, ya no desde la asistencia sino desde la imposición y en el terreno dogmático nuevas maneras de entender el sistema como el Derecho Penal del enemigo, permite establecer dos vía para el Derecho Penal, la ordinaria, para el delincuente que acepta el sistema y delinque, y la del otro, la no persona, en principio los terroristas pero puede ser ampliado en función de las necesidades de repreensión, para el que ya no juegan derechos propios de la consideración del Derecho Penal como instrumento de control social formalizado, al que pueden aplicarse instituciones sin garantías (Guantánamo, cárceles sin controles.) En el terreno penitenciario, el cumplimiento ínte-



gro de las penas, Three strokes, etc, son mecanismos para asegurar el control de las personas conflictivas.

Por otra parte, el desarrollo alcanzado en las sociedades altamente industrializadas ha planteado numerosos y novedosos problemas al Derecho Penal. La sociedad de riesgos en la que nos hemos instalando se caracteriza por la generalización de los orígenes de los riesgos y la colectivización de los resultados dañosos, de manera que la sociedad conoce que vive en riesgo aunque no puede concretar el agente productor de los mismos, dada la diversidad de orígenes que puede tener. Tampoco cabe señalar, con la claridad precisa, un marco de riesgo permitido pues su configuración esta cambiando continuamente, bien producto de las nuevas tecnologías, bien por la combinación de las mismas con creación de riesgos no suficientemente analizadas.

Se ha desarrollado un denominado “principio de desconfianza” que obliga a buscar el engarce entre la producción y el resultado lesivo en una actuación en la que concurren riesgos. De manera que se hace precisa la búsqueda del responsable no tanto por lo realizado sino por lo que debió realizar.

La sociedad de riesgo como ha sido definida por los sociólogos se caracteriza por:

- a) se trata de una sociedad amenazada por una serie de males muy superiores a los de otra época. Los riesgos ya no vienen causados por epidemias o desastres naturales sino por la acción del propio hombre que con avances tecnológicos pone en peligro la vida y la integridad de sus semejantes.
- b) Las acciones de peligro ya no las protagonizan sujetos individuales, sino grupos, asociaciones que dificultan enormemente la delimitación de la responsabilidad. La división del trabajo, la especialización, lleva a los propios autores a una falta de conciencia del daño ocasionado y de pérdida de cualquier sentimiento de culpabilidad.
- c) Consecuencia de lo anterior es la sensación de impunidad que invade a toda la sociedad, produciéndose la paradoja donde en una sociedad que sus miembros viven más seguros existe al mismo tiempo una sensación de inseguridad.

Parejo a ese estado psicológico, la sociedad que ha alcanzado un notable desarrollo de la conciencia de sus derechos, reclama mayores cuotas de seguridad a la que responde el Derecho Penal con la elaboración de tipos penales mas abstractos, mas genéricos en su redacción, en definitiva, mas flexibles, con la intención de proporcionar herramientas que presten seguridad a la sociedad que la demanda y, además, anticipando la protección de los bienes jurídicos afectados hasta su puesta en peligro.

El reflejo penal de la sociedad de riesgos se concreta en los siguientes postulados:

- a) Desde el derecho con la formulación de los delitos de peligro con los que se pretende combatir actos de origen generalizado, con pluralidad de intervenciones, que producen daños también generalizados. Así los nuevos tipos penales reducen la arbitrariedad judicial en la concreción del riesgo y facilitan el estudio de la causalidad. Pero por el contrario se corre el riesgo de lesionar el principio de intervención mínima, mediante propuestas vagas e imprecisas y con indeterminación en la responsabilidad penal y administrativa. Se lesiona la intención el principio de culpabilidad sustituyendo el principio de intención por el de la falta de previsibilidad y se lesiona el principio de presunción de inocencia estableciendo una responsabilidad cuasi objetiva en lo que lo determinante es la búsqueda de la responsabilidad ante el daño causado. El Derecho Penal pasa de ser un instrumento de control social a ser un instrumento de la política criminal para contener los riesgos inherentes a este nuevo modelo social.
- b) Las estructuras clásicas de la actuación dolosa, basadas en la intencionalidad, se sustituyen por la actuación en campos de riesgo sin la previsibilidad en el conocimiento de los posibles daños.
- c) La autoría basada en criterios de imputación subjetiva se sustituye por la determinación de las posiciones de garante nacidas de la propia estructura de la ordenación de los riesgos.
- d) La imputación objetiva se sustituye por su determinación en base a inexistencia de alternativas que explique lo sucedido.
- e) En la interpretación de la norma en algún sector forense se ha propiciado una aplicación de responsabilidad casi objetiva.

Quizás quien con mayor acierto ha descrito la situación actual de la sociedad y la incidencia del sistema penal es Garland en el libro “La cultura de control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea” que, aunque referido principalmente a la sociedad norteamericana, los propios contenidos de la globalización hacen que sus postulados a la hora de explicar la sociedad actual sean fácilmente extrapolables a la sociedad europea y a la española en particular.

La sociedad del bienestar irrumpió a partir de la finalización de la segunda guerra mundial con la promulgación de las constituciones de los países europeos caracterizadas por un importante contenido social e individual de los derechos. En el ámbito penal la criminología del “welfare” se caracterizó por su oposición al retribucionismo y el abrazo de la prevención especial como fundamento de la pena. Como reacción al delito, de reproche o de solidaridad, la actitud de la crimi-

nología surgida en la etapa del bienestar social era la de la solidaridad con una filosofía acorde con la posibilidad del tratamiento.

En la década de los 70 el Estado del bienestar comienza a desaparecer. Entonces España todavía no se había incorporado a las naciones democráticas, y cuando lo hace es tarde pues los principios empiezan a cambiar radicalmente. Varias causas contribuyeron a la desaparición del consenso, del “welfarismo”, y con ellos instituciones de tratamiento, como la probation y la libertad condicional. En primer lugar una conciencia, quizás interna del propio sistema, de la perversidad del sistema según el cual las políticas de rehabilitación no serían para reducir la delincuencia sino que, por el contrario, contribuían a que aumentase, pues no procuraba la prevención en el delito sino el tratamiento del delincuente. Por otra parte se extendió la consideración de la futilidad del tratamiento, al adquirirse una cierta conciencia social sobre la imposibilidad de recuperación del delincuente, lo que, además, costaba muy caro sin apenas resultados visibles para la sociedad que prefería otro tipo de inversiones. Desde posturas favorables al tratamiento se cuestionó el propio tratamiento al incidir sobre la dignidad de las personas que las recibían por imponerles valores que no eran propios del tratado.

La convergencia de varios factores, (Víctor Gómez Martín en “Cultura de control de riesgo y política criminal”, varios autores, “Política criminal y reforma penal” 2007), ha propiciado un profundo cambio social con afectación del sistema de represión de hechos delictivos. La propia sociedad, en ocasiones, ha expresado su desconfianza con ciertos postulados de las subvenciones del estado de bienestar, a veces, no justificadas y a las que se tilda de indulgentes para quienes no estudian o trabajan. Factores económicos, propios de la globalización económica, desde la deslocalización de empresas y la riqueza que ya no aparece unida a la producción sino a la financiación, lo que supone una menor seguridad en el tejido industrial y económico del país. Por último la llegada a los gobiernos de los países anglosajones de gobiernos de corte neoliberal, los gobiernos de Reagan en EEUU y de Thatcher en Inglaterra, que elaboraron una política neoliberal con desaparición de controles sociales que determinaron una reducción drástica de la inversión pública y al tiempo una desatención de grupos de marginación elaborando políticas mas conservadoras.

La nueva criminología surgida en el ámbito anglosajón no considera que el delito sea una consecuencia de las desigualdades sociales o un indicador de los fallos del sistema, sino una elección libre y, hasta, racional del delincuente que no merece el miramiento con el que era atendido en el estado de bienestar. Se sustituye la cultura del tratamiento por nuevas políticas, como instrumentos de control, como la tolerancia cero o la necesidad de inocuizar a los autores de hechos delictivos. También la influencia de los medios de comunica-

ción social que amplifican el hecho del delito y propician nuevas exigencias a los gobiernos en demanda de una seguridad que aparece insita en la sociedad de riesgos.

Refleja Garland, en la obra anteriormente citada, la aparición de un nuevo objetivo de política criminal consistente en la lucha contra el miedo al delito. Conscientes de la imposibilidad de reducir el número de delito optaron por gestionar el sentimiento producido por el hecho delictivo mediante la realización de políticas de apoyo a la víctima, de reducción de gastos a favor de la reinserción, en la que no se cree, propiciar que la víctima exprese sus sentimientos ante la sociedad, aprovechando la difusión de los medios de comunicación a la que se participa la necesidad de convivir con el delito y la necesidad de ser asistida, auxiliando al Estado en la distracción del hecho y corresponsabilizando a la sociedad en la lucha contra el crimen, a través de su sensibilización en las tareas de autoseguridad y la aparición de una nueva industria de la seguridad.

Estas situaciones han propiciado la aparición de nuevas criminologías, como las criminologías actuariales, la criminología de la elección racional, que se limitan a describir el hecho del delito, sin indagar en sus causas y limitándose a expresar que el delincuente es quien ha decidido la realización del delito pues tiene otros medios de subsistencia sin necesidad de realizar la agresión a la convivencia. La criminología del “otro”, no como mecanismo para tener presente al otro sino como elemento de diferenciación, se parte de la distinción entre ellos y nosotros, ellos los delincuentes y, nosotros la sociedad que tiene que defenderse de los otros. Para estas criminologías toda la actividad del Estado contra los delincuentes es bien recibida porque supone nuestra protección frente a quien delinque de forma libre y racional, pues existen medios para impedir la comisión del hecho delictivo.

Para Garland, lo que denomina “complejo del delito” conforma en la sociedad tardo moderna un efecto psicológico ambivalente que provoca en la ciudadanía una necesidad de autoprotegerse y al tiempo una demanda constante al gobierno de una mayor eficacia dureza y efectividad en la articulación de una política penal cada vez mas dura e inocuidadora. Para el autor al que seguimos los elementos que caracterizan la sociedad actual en materia penal son los siguientes. 1.- Las altas tasas de delincuencia representan un hecho social normal. 2.- a diferencia de lo ocurría en tiempo pasados el delito despierta en la ciudadanía grandes e intensas emociones- 3.- Se produce una creciente politización y motivación del delito. 4 la política criminal pública esta cada vez mas dominada por la preocupación por las víctimas y la obsesión por la seguridad. 5.- el público valora negativamente la política penal estatal por considerarla ineficaz. 6.- Como consecuencia del creciente desarrollo de la industria de seguridad, la defensa privada esta cada vez mas desarrollada. 7.- Se ha institucio-

nalizado una conciencia del delito en los medios de comunicación social y en la cultura popular.

En paralelo, hoy podemos relacionar diversas teorías que tratan de dar un contenido material al sistema penal. Desde la formulación del Derecho Penal del enemigo, que distingue a las personas autores o sospechosos de un delito en función del sujeto, sí delincuente ocasional, al que corresponde un Derecho Penal garantista, y al terrorista, al reincidente, al habitual y al que ataca determinados bienes privados de especial relevancia en la comunidad, que será considerado no persona, enemigo, sin poder utilizar los derechos de una sociedad desarrollada y democrática.

También el funcionalismo, con su enfoque en la prevención general y sin apoyar el hecho delictivo en la lesividad (Jakobs). Las teorías garantistas que basan su construcción dogmática sobre un Derecho Penal de doble vía, una para la sociedad globalizada con un Derecho Penal cercano a la lesividad de bienes jurídicos. Otras construcciones como el humanitarismo, parte de ésta última concepción y aboga por la instauración de un proceso restaurativo, abierto a la mediación, y con una tercera consecuencia jurídica al delito, junto a la pena y en la medida de seguridad, la reparación y ha de olvidarse en esta relación las siempre perennes teorías de los abolicionistas, moderadas, y radicales.

Fuera del plano normativo, en la sociedad actual se ha producido e instaurado un incremento constante del sentimiento de inseguridad de la población. El miedo a ser víctima de un delito, precisamente de los que con cierta frecuencia se cometen, es muy alto. Obviamente se trata de sentimientos alimentados desde los profundos cambios que ha experimentado nuestra sociedad, a la que nos hemos referido, cada vez menos proclive a las relaciones interpersonales entre personas desconocidas y en el que nuestras relaciones se concretan en el mundo del trabajo y la familia con un movimiento diario entre estos dos polos de actuación. Fuera de los mismos surge la incomunicación y el miedo y los ajenos al trabajo y la familia son considerados extraños y potencialmente amenazantes.

Por ello es preciso abrir canales de comunicación que permiten, en una situación de conflicto, restablecer puentes posibilitadores de un necesario diálogo. El tejido social debe desarrollarlos y para ello instituciones y grupos, fuertemente arraigados en este núcleo social, pueden desarrollar una función de intermediación entre el autor del delito y el perjudicado tendentes a superar el conflicto originado por el delito.

Con las anteriores premisas, puramente descriptivas de la situación actual es difícil que el legislador, pueda proponer nuevos procesos para la solución de conflictos. No está muy interesado en probar con un proceso menos vertical y más horizontal en el que la víctima

tenga cabida y protagonismo junto al agresor, de la solución al conflicto generado por el delito. Para el legislador no es época de ensayo, antes al contrario, la tendencia, al menos coyuntural, es la de apurar al máximo la utilización del proceso como instrumento de control, cercenando garantías al agresor con formulaciones nacidas en el Derecho Penal del enemigo. Ejemplo claro de lo anterior son las últimas reformas del Código penal.

### **3. La mediación penal**

La mediación ha sido definida como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, y ajena a los sujetos intervinientes en el hecho generador del conflicto que el Código penal tipifica como delito o como falta, ayuda a las personas implicadas en el conflicto, como autor o como víctima, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a debatir sobre el hecho y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólico.

La mediación propone a las partes alcanzar un acuerdo por el que la víctima se vea reparado en su agresión y el autor se compromete a realizar un comportamiento positivo hacia la víctima dirigido a compensar el dolor causado y reparar el mal producido. El proceso de mediación introduce, por lo tanto una tercera consecuencia jurídica. Junto a los clásicos pena y medida de seguridad, la reparación es el eje sobre el que pivota el proceso de mediación, como pacto alcanzado entre agresor y víctima para restaurar la situación al momento del conflicto.

Presupuesto del proceso de mediación es la concepción del delito no como una infracción de la norma sino como hecho que genera un conflicto interno de la sociedad, conflicto con sujetos individuales o plurales. Encontramos una diferencia esencial entre el proceso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el proceso de mediación. Para el primero el delito es una infracción de una norma, por lo tanto corresponde al sistema de represión oficial su depuración con respeto a las normas del proceso debido, básicamente el derecho de defensa y con una potenciación del papel del acusado para asegurar el principio de igualdad de armas más aparente que real, pues el acusado nunca estará en igualdad de armas frente a la acusación, con un instituto público de acusación y un aparato policial de indagación.

En el proceso clásico se persigue, sobre todo, la prevención general, la adecuación de conductas a la norma. No obstante esta concepción del proceso, algo se ha avanzado en el reconocimiento del papel de la víctima. Desde la consideración del Derecho Penal como instrumento de control social formalizado, surgen instituciones diri-

gidas a salvaguardar el derecho de las partes intervinientes en el proceso penal, como el respeto a los derechos fundamentales, la observancia de los derechos de las víctimas. Instituciones, tanto en el Derecho Penal sustantivo como en el procesal, y el nacimiento de otras surgidas a reparar la situación conflictiva que en todo delito existe. Así, las tendencias sobre la penalidad en los nuevos Códigos, donde se potencia los comportamientos posteriores al delito dirigidos a reparar a la víctima (art. 21.5) o la previsión de sustituciones de las penas dependiendo de comportamientos personales del autor hacia la víctima o hacia la colectividad y, como no, la potenciación de un Derecho Penal vicarial con previsiones en orden a la pena y a las medidas de seguridad. No son formulaciones nacidas en el seno de un proceso restaurativo, ni de un proceso de mediación, pero sí se articulan sobre mecanismos de composición entre partes, aunque sea con las representaciones procesales.

Desde el plano procesal penal, instituciones como la conformidad, la disponibilidad de la acción por los órganos públicos de la acusación dependiendo de comportamientos de los imputados, etc., conforman un nuevo proceso penal que se ha abierto camino, en lo que se ha denominado por algún estudioso, “foro legislativo judicial”, en el que la práctica diaria del quehacer judicial conforma una auténtica promulgación legal. En este contexto, asistimos a una realidad social sobre la que actuar.

#### **4. Justificación de la reparación como consecuencia del delito**

Tradicionalmente el Derecho Penal se ha asentado sobre dos vías, dos consecuencias jurídicas, la pena y la medida de seguridad. El proceso de mediación requiere una tercera vía, o tercera consecuencia jurídica al delito, la reparación que procura la resocialización del autor del hecho delictivo a partir de un comportamiento de reparación a la víctima. Ese comportamiento reparador, pactado ante la víctima y su agresor, parte de la idea de que quien se concilia, reconoce el hecho y su antijuridicidad, asume su culpa y está dispuesto a compensar el mal realizado. Esas conductas positivas suponen un reconocimiento de la norma (prevención general), una asunción de la culpa y el deseo de compensar (retribución), y una actuación dirigida a su resocialización (prevención especial), al tiempo que la víctima se siente satisfecha en cuanto contribuye a su responsabilidad en el hecho y a su dignidad como elemento positivo de pacificación.

La mediación, además, y desde la perspectiva de la víctima trata de recuperar para ella el protagonismo que ha dejado de tener en nuestro ordenamiento, convirtiendo el anterior binomio Estado-

delincuente, en otro en el que los sujetos del proceso sean agresor-agredido y en el que el Estado, a través de sus órganos de Justicia e instituciones, brinda un marco en el que puede desarrollarse esa conciliación entre la víctima y su agresor.

La mediación se enmarca en un proceso restaurativo pues tiene a restaurar a la víctima y al autor en la situación anterior al delito, reparando y siendo reparado una vez que ambos son conscientes, y asumen, la agresión sufrida y cometida.

Son varias las justificaciones a un proceso restaurativo. En primer lugar, la justificación económica. En segundo lugar, derivadas de la propia concepción del Estado como democrático, lo que supone dar una mayor relevancia a los derechos del ciudadano frente a los del Estado que tendrá que dejar de tratar de controlar todas las parcelas sobre las que ahora actúa y dejar a los individuos que la integran para que articulen sus propias composiciones con los límites que señalaré. En tercer lugar, habrá de entroncarse esta consecuencia jurídica con las finalidades de la pena, ampliamente desarrolladas por la dogmática penal.

Bajo el título de alternativas a las penas cortas de libertad, diversos autores han señalado la ineficacia del actual sistema de sanción, la inocuidad. Es famosa la frase de Michel Foucault quien afirmaba “si se me preguntara qué podría hacerse para mejorar el régimen penitenciario, responderé “Nada”, porque no es posible mejorar una prisión. Salvo algunas pequeñas mejoras sin importancia, no hay absolutamente nada que hacer sin demolerlas”. Lo que en tiempos fue el gran logro del humanitarismo penitenciario del siglo XVIII, es hoy objeto de fuertes críticas, particularmente cuando se trata de penas cortas de prisión. Sin participar de una posición de utopía demoledora, lo cierto es que la cárcel en lugar de resocializar, agrava la desocialización del interno. Con el pretexto de “tratar” al delincuente, se le infligen graves lesiones a sus derechos y bienes individuales; se produce el denominado “síndrome de prisionización” y la prisión se ha convertido en “escuela de crimen” en lugar de escuela de resocialización para la que estuvo llamada. Al mismo tiempo, la masificación de los centros penitenciarios, impide la realización de una política de tratamiento individualizador a internos por penas de larga duración, es decir, a dispensar una correcta política penitenciaria. Todo ello desemboca en la repetida “crisis de la prisión” que en gran medida está asociada al tratamiento que se está dando a las penas cortas privativas de libertad, para que estas cumplan las finalidades de la pena, e imposibilita, para las largas, un tratamiento resocializador.

Desde criterios puramente económicos, el coste de un interno es muy alto y el desarrollo social hace que cada vez sea más alto. Esa misma cifra, o inferior, entregada a personas físicas o incluso a instituciones privadas, que se dedicaran a la rehabilitación de personas alcanzarán un mayor rendimiento, teniendo en cuenta las finalidades



que persigue la pena. Al Estado le cuesta mucho un interno y el beneficio que obtiene de su aislamiento social es nulo, cuando no es negativo para el propio interno y para la sociedad. Desde este punto de vista es necesario cambiar el modelo y sustituirlo por otro, como la reparación, mas resocializador, pacificador y restaurativo.

En segundo término, a una justificación de un Derecho Penal de triple vía basada en la propia configuración del Estado como democrático. El principio democrático exige una nueva ordenación del proceso penal satisfaciendo el derecho fundamental a la dignidad del acusado y de la víctima y propiciando una intervención más activa de ambos para la resolución del conflicto generado por el hecho delictivo. La evolución histórica del proceso penal nos permite constatar la necesaria conformación del proceso según el principio democrático y de un Estado postindustrial, en el que las necesidades básicas están atendidas socialmente, ha de buscarse un nuevo proceso, de corte conciliador, en el que el Juez será el árbitro de una contienda originariamente conflictiva entre el agresor y su víctima. Hacia esa nueva concepción van dirigidas las últimas reformas del proceso penal, caracterizadas por el mayor protagonismo de la víctima del delito, aislada o agrupada en colectividades que aglutinan su interés. Así la potenciación del principio dispositivo en el proceso penal, como por ejemplo, manifestaciones concretas de principio de oportunidad en el que se reduce la penalidad exigida en función de la reparación del delito o instituciones como la conformidad y los “plea bearing” que aglutinan la búsqueda de un consenso en la pena entre acusación y defensa propiciada por la reparación de los efectos del delito. Incluso desde el ejercicio de la acción penal, con manifestaciones concretas de la denominada “clases actinos” en el derecho de los consumidores, afirma ese nuevo protagonismo de la víctima, individual o colectiva, en la defensa de sus propios derechos que, de alguna manera, deja de deferirlos al Estado, a través del instituto público de acusación el Ministerio Fiscal para ejercitarlos personalmente.

Una tercera justificación de la reparación ha de entroncarse con las teorías que dan fundamento a las consecuencias jurídicas a los delitos. La reparación y conciliación se conectan con las fundamentaciones que la dogmática penal ha señalado para la pena. El delincuente que se concilia con su víctima manifiesta activamente un arrepentimiento, fundamento retributivo de la pena, si bien posterior al hecho delictivo, asumiendo una consecuencia al delito realizado.

La dogmática penal ha fundamentado la pena bajo tres rubricas principales. La retribución, la prevención general y la prevención especial. La primera, conocida como teoría absoluta fundamenta la pena en el hecho de que al mal del delito es necesario reaccionar con otro mal, la pena, siendo esta necesaria para compensar el mal causado. Las teorías de la prevención, o teorías relativas fundamentan la pena en las ventajas que con su imposición pueden obtenerse. La

pena no se justifica en su propia imposición, como en la retribución, sino en la obtención de unas finalidades, bien para la colectividad, asegurando la observancia y la vigencia de la norma, bien para el propio individuo autor de la infracción, posibilitando su resocialización y reinserción social.

La reparación a la que está obligado el agresor, que asume como consecuencia de su acción, constituye ya de por sí una sanción penal autónoma, puesto que supone ya una desaprobación del hecho realizado por el mismo autor, quien asume una consecuencia adecuada a su reinserción, y para la sociedad, que comprueba el coste del hecho delictivo, lo que intentará la prevención general. Al mismo tiempo, la asunción de su culpa, el reconocimiento de la ilicitud de su acción y la voluntad de querer reparar los efectos de su acción y hacerlo en los términos que se fije, completa el elemento de la culpabilidad que fundamenta la pena. Freidor Doncel en *Victimología* (dirigida por A. Beristáin Apiña, San Sebastián, 1.990) afirmaba, en este sentido, que la reparación del daño causado supone la conciliación del delincuente con su víctima quienes aparecen así enlazados en una dimensión pacificadora llamada a solventar la crisis surgida por el hecho criminal. El Derecho Penal debe, por lo tanto, abandonar su finalidad retributiva clásica, para buscar esa resocialización que se proclama, constitucionalmente y utilizar, como instrumento, la conciliación. El cumplimiento de esas dos facetas de la prevención permite afirmar que la reparación, al igual que las otras dos consecuencias pena y medida de seguridad, debe quedar limitada por la proporcionalidad, evitando la posibilidad de excesos en la reparación concedida o en la exigencia de esa reparación.

La reparación es un medio para la consecución de los fines del Derecho Penal la reparación no es ya una cuestión de naturaleza civil, sino que contribuye esencialmente a la consecución de los fines de la pena. Tiene efectos resocializadores, ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a asumir los legítimos intereses de la víctima. Puede ser vivida por él –en ocasiones más que la pena– como una medida necesaria y justa, y fomentar con ello el reconocimiento de las normas. Por último, la reparación puede llegar a una conciliación entre el autor y a víctima y facilitar de modo esencial una reinserción del condenado. Además, la reparación es muy efectiva en orden a la prevención general, aportando una significativa contribución al restablecimiento de la paz jurídica. Ya que sólo cuando se ha reparado el daño podrán la víctima y la colectividad –incluso sin la imposición de una pena– considerar allanada la conmoción producida por el hecho.

En términos de C. Roxin (*La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*, 2000, Ed. Tirant lo Blanch): El atractivo del fomento del instituto de la reparación en Derecho Penal radica, en primer lugar, en su efecto preventivo general en su mejor

sentido. Si bien no es necesariamente la única vía, la paz jurídica se ve restablecida en los pequeños delitos fundamentalmente con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el autor. De este modo el conflicto se soluciona, se restablece el orden jurídico y se demuestra la fuerza prevalente del Derecho de una forma clara para la población. Pero también, en la misma medida, la introducción de la reparación y la conciliación entre autor y víctima en el sistema sancionatorio es adecuada a las exigencias de prevención especial. Porque el autor se ve obligado a enfrentarse internamente con el hecho y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas y, en definitiva, a desplegar una tarea resocializadora. La reparación también evita las consecuencias desocializadoras de otras sanciones y, por ello, es satisfactoria desde el punto de vista de la socialización. Finalmente, entre todas las instituciones con relevancia sancionadora, la reparación y la conciliación entre el autor y la víctima son las que menos dañan el ámbito personal de autonomía del autor.

En esta concepción la reparación atiende no sólo al delincuente que ha cometido el hecho, también al potencial delincuente, prevención general positiva, en cuanto supone la confirmación del derecho y la vigencia en la confianza en la norma.

## **5. Límites a la mediación**

Los límites a la mediación surgen, a mi juicio, de tres condicionantes esenciales de su existencia: la condición de actuación intra-procesal, de la concurrencia de intereses colectivos en el delito sobre el que se actúa, y de la exigencia de una actuación libre de los sujetos de la mediación.

En este sentido, la reparación como sanción técnica debe encontrar sus límites allá donde, además de la satisfacción de los intereses personales de la víctima, aparecen aspectos preventivos generales de afirmación de la norma y de restablecimiento del orden social. Numerosos delitos de la parte especial del Código penal manifiestan la concurrencia de un interés de la víctima y de un interés general de la sociedad. La satisfacción de éste último exigirá a una sanción igualmente de carácter general, que reprima comportamientos lesivos que dañen todo el cuerpo social. Los delitos de robo, de hurto, que tienen un bien jurídico eminentemente personal y patrimonial, también mantienen una titularidad pública del bien, en la medida en que el Estado, la sociedad, tiene un interés en que esas conductas no lesionen normas de convivencia social.

La consecuencia jurídica correspondiente al delito se estructura sobre dos elementos: la necesidad y el merecimiento de pena. La pri-

mera es consecuencia de la infracción de una norma de ordenación social, que el Estado considera necesaria para la convivencia. La segunda hace referencia a la culpabilidad y puede ser objeto de modificación en función de la culpabilidad y la existencia de elementos que sugieran modificaciones en la forma de cumplimiento y en la selección de la reexpuesta adecuada al hecho.

Otro límite se articula en torno a la necesidad de reservar un papel relevante al aparato estatal de represión de delitos y a la necesidad de respetar los valores proclamados en la Constitución: la justicia, la libertad, el pluralismo, la reinserción del delincuente, etc., para evitar que esta reparación, la búsqueda de una conciliación entre agresor y víctima, pueda enmascarar una privatización del sistema penal, y evitar situaciones de abuso que es preciso controlar desde la aprobación judicial a los acuerdos de reparación. De ahí la necesidad de un control jurisdiccional y su encuadramiento en un proceso jurisdiccional abierto.

Otra limitación parte de la libertad de los protagonistas de la mediación que hace que esta pueda desarrollarse con dificultad cuando el delito sobre el que se pretende la conciliación afecte, de manera especial a la libertad del agredido.

En cuanto a la tipología de delitos sobre los que la actuación mediadora puede plantar dudas destacamos:

- No cabe señalar restricciones a la mediación respecto a la gravedad del delito pues si lo limitamos a los de escasa gravedad privaríamos a la víctima de los efectos positivos de la mediación. El Tribunal Supremo la ha admitido (STS 29.01.2008), respecto a delitos como el homicidio intentado.
- Delito de peligro (salud pública). En estos delitos surgen problemas derivados de la colectivización del sujeto pasivo. Unos opinan sobre la imposibilidad de mediación al no existir víctima. Otros, por el contrario, destacan el valor de la asunción de la culpabilidad y la reparación, es decir, su responsabilización.
- Delitos de violencia de género. Aunque es posible la ley lo prohíbe partiendo de una presunción de desigualdad. En todo caso, la posibilidad de una actuación mediadora exige extremas cautelas.
- Delitos de atentado, resistencia y delitos cometidos por funcionarios públicos. Son tipos poco apropiados al situarse el Estado como titular del bien jurídico.

## 6. Normativa reguladora de la mediación

Los ordenamientos penales de Europa contienen previsiones específicas en orden a la reparación. Concretamente, la Recomendación 25 del Consejo de Europa, aprobada en 1.985, proporcionó una base normativa a la reparación al declarar que “la sanción que se imponga al autor se debe orientar hacia las necesidades de la víctima. En primera línea se debe situar la reparación del daño ocasionado por el hecho punible. No solo se le debe proporcionar a la víctima un medio ejecutable contra el autor, dispuesto a la reparación del daño, es preciso proporcionarle la posibilidad real de elaborar los medios que necesita para el cumplimiento de la obligación de indemnizar a la víctima. De esta manera, el autor tendrá á la posibilidad de resocializarse el mismo. La pena privativa se debe imponer como último recurso y sólo si cualquiera otra decisión pareciera insostenible. Si se suspende condicionalmente la ejecución de una pena privativa de libertad, esta suspensión dependerá, en primer lugar, de que el condenado haya cumplido con las reparaciones. Además, deberá tener prioridad la indemnización de la víctima ante cualquier otra obligación económica que se imponga al acusado”. Destacamos también la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001.

Analizaremos la norma española. El Código penal vigente plantea en el art. 21.5 la atenuante de reparación, una atenuación de la pena en función de un comportamiento posterior al delito. Anteriores Códigos contenían disposiciones semejantes pero en éste desaparece del texto legal lo que era anteriormente un planteamiento jurisprudencial, la desaparición del requisito subjetivo de atrición. Esta supresión que restó componente ético y moral a la atenuación para conferirla una concepción más utilitarista y de política criminal. Este cambio de dirección abunda en la sustitución de la voluntad de delinquir por otra en la que prima la voluntad de restituir el orden jurídico perturbado por el delito.

## 7. Críticas a la mediación

Analicemos las críticas que se han producido a la mediación en la doctrina penal. Las objeciones pueden sintetizarse así: las críticas que se aglutinan en torno a los riesgos de privatización del sistema penal; al origen civil de la reparación económica; y a la imposibilidad de ver a la víctima de un delito grave, como una violación, conciliándose con el agresor.

1. El hecho de que el autor este ya obligado a reparar civilmente el daño causado no puede ser tenido como fundamento de

la atenuación, pues la ley ya le obliga a realizar ese comportamiento a favor de la víctima.

2. La consideración de atenuante contribuirá a restar eficacia preventiva al Derecho Penal pues el delincuente puede contar con una disminución de la pena si repara.
3. Puede producirse un efecto contrario al querido, pues la atención a la víctima del delito puede suponer una desatención a las potenciales víctimas en atención a la rebaja de los efectos disuasorios de la nueva consecuencia.
4. El origen civil de la reparación contradice el carácter ético social de la norma y de la sanción penal. La norma penal incorpora el mensaje valorativo de una conducta que se ve alterada si se sustituye por una consecuencia restitutiva propia del derecho civil.
5. La inclusión de la reparación puede atentar al derecho de igualdad. De una parte, por la desigualdad económica de los delincuentes y las mayores facilidades que pueden encontrar las clases mas acomodadas. De otra, porque al partirse de la satisfacción de los daños producidos a la víctima, quedarían fuera de su alcance los delitos sin resultado y las tentativas de hechos delictivos.

La réplica a estas objeciones sólo pueden ser realizadas desde la asunción de la reparación, no desde una concepción puramente reparadora a la víctima del delito cometido, pues ello es cometido del derecho civil, sino asumiendo que el delito es un conflicto que atañe a todos y por ello el núcleo de atención del Derecho Penal no es el daño individual sino la lesividad social del delito, lo que obliga a atender a las potenciales víctimas. El Derecho Penal solo encuentra su justificación si actúa orientado al futuro. Por ello la reparación ha de orientarse como un instrumento de política criminal hacia la transcendencia social de la reparación para afirmar la vigencia de la norma.

Conclusión de lo anterior es que la reparación se fundamenta en que incide en la necesidad de pena, más que en el merecimiento de pena. Es decir, la razón de la imposición de la pena es que ésta es necesaria porque se ha delinquido, se ha lesionado el derecho de la víctima y de la sociedad en una convivencia ordenada. La necesidad de pena supone examinar las necesidades de prevención. En definitiva, se necesita una pena para evitar futuros delitos a través de la reafirmación de la norma. Asumida esa función, se atenderá al merecimiento de pena atendiendo al bien jurídico atacado, a la intensidad del ataque...

En este sentido, la atenuante de reparación coincide en su fundamentación con el desistimiento. Si el fundamento de la pena lo

encontramos en la necesidad de afirmar la vigencia de la norma, la atenuación o extinción de la pena tendrá que basarse de igual modo en que esos actos posdelictivos reafirman total o parcialmente la desautorización de la vigencia de la norma expresada por el autor con posterioridad a la acción delictiva. El art. 16.2 Cp, es un buen ejemplo. Queda exento de responsabilidad por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad por los hechos cometidos. El fundamento de la excusa absolutoria radica en que impedir el resultado supone un acto de reconocimiento de la norma que, aunque posterior, merece, como medida de política criminal, la excusa absolutoria.

Ese fundamento lo encontramos en las clásicas teorías de la “teoría del premio” –el autor merece un perdón al haber modificado sus intenciones lesivas y haber actuado en beneficio del bien jurídico– o la “teoría del estímulo o del puente de plata” –se ofrece a delincuente un estímulo con la oferta de impunidad o atenuación para que evite la lesión al bien jurídico–.

Es cierto que cometido el delito, la posterior reparación no altera el desvalor contenido en la pena, pero en ocasiones un comportamiento posterior permite afirmar que el propio autor ha contribuido a reafirmar la norma.

Las críticas referidas a la desigualdad propiciada por criterios económicos, en función de las distintas economías de los delincuentes, o basados en la imposibilidad de abarcar a los delitos sin resultado o las tentativas, ceden si obviamos la naturaleza económica de la reparación, solo concebida como satisfacción del daño económico, y atendemos a reparaciones de carácter simbólico, como ha admitido la jurisprudencia (STS 1132/98, de 6 de octubre) que se concretan en los intentos serios de conciliación, trabajos en beneficio de la comunidad, o de la víctima... etc., evitando, a tiempo supuestos en lo que la reparación puede quedar en manos de la víctima llegando a una “tiranía de la víctima”.

Por ultimo, las críticas referidas a la dificultad de mediación en determinados delitos, como la violación, son enteramente compartidas. Es difícil, si no imposible, que delitos tan graves, con la carga de agresividad que suponen puedan ser objeto de conciliación. Es mas, la sola insinuación puede ser considerada como una nueva reiteración en la agresión. Por eso, aunque técnicamente fuera posible, su realización es imposible porque aparece comprometida la libertad de los sujetos de la relación.

## 8. Requisitos de la mediación

Expuestos los peligros que la reparación puede suponer, abordaré los requisitos que la reparación debe observar. En primer lugar, la mediación debe partir de la asunción de la responsabilidad del hecho cometido por el autor del hecho punible. Mediante la confesión, como antes expuse, el agresor no sólo reconoce su conducta antisocial, sino que manifiesta un voluntario deseo de pretender reparar el mal causado, lo que interesa a la finalidad estrictamente retributiva de la pena, asociada, como ninguna otra, al principio de culpabilidad.

La mediación, por otra parte, debe ser voluntaria para los dos sujetos del hecho delictivo, agresor y víctima, pues nadie puede ser obligado a una conciliación, en la que cada parte debe ceder parte de sus pretensiones en función de una solidaridad nacida de la convivencia.

La conciliación debe enmarcarse dentro de un proceso judicial, terminado o en tramitación, que permita su consideración de subsidiario respecto a la consecuencia jurídica estrictamente punitiva. Si el proceso ha terminado mediante sentencia, la conciliación puede integrarse en un sistema de "probation" o de libertad a prueba, con un plazo de tiempo determinado que permita buscar el acuerdo posible entre agresor y víctima, conociendo ambos que la imposibilidad del acuerdo determinará el cumplimiento de la pena, digamos, como prevista para la agresión. Si el proceso penal no ha terminado, puede ser enmarcado en un sobreseimiento provisional de las diligencias a resultas del resultado de la conciliación o del cumplimiento de las condiciones pactadas. Ello requerirá, obviamente, la regulación de un sistema de oportunidad a los promotores de la acción penal que lo posibilite, sistema que podrá ser de oportunidad libre o reglada.

La reparación, además, debe ser auspiciada por personas u organismos especializados y encargados de su búsqueda, sobre todo en la fase inicial que debe partir de una entrevista personal, y dirigida, entre ambos sujetos del delito para procurar la reinserción de una persona y, al tiempo, hacer valer los derechos de la víctima como titular principal de los derechos agredidos por la acción. La presencia del Estado debe asegurar la observancia de los principios constitucionales inmersos en la sanción penal, vigilante de que en ningún caso la reparación supere la medida correspondiente a la culpabilidad del autor. En aquellos delitos en los que además del derecho de la víctima se lesionen otros de carácter general también deberá á velar por las finalidades de la pena de carácter preventivo general que, aunque parcialmente satisfechos por la reparación, deban merecer una mayor intervención del aparato estatal.

Con carácter general la mediación ha de partir de los requisitos de gratuidad pues forma parte de la respuesta social al delito; de bila-



teralidad , pues los dos sujetos ceden en sus pretensiones y se acepta; debe enmarcarse en un secreto preciso con un espacio de sosiego y respeto mutuo.

Comprobamos las profundas diferencias entre el sistema de mediación y el articulado por la vigente ley de enjuiciamiento. Mientras que en el sistema estatal de represión es preciso indagar el autor y reconstruir los hechos, el punto de partida de la mediación es la asunción del hecho y la necesidad de un comportamiento positivo que repare el mal causado. Por lo tanto, la proyección futura de la resolución del conflicto es infinitamente más profunda. En el proceso de la Ley procesal el punto firme es la declaración de culpabilidad. Por el contrario, en el proceso de mediación, éste es el punto de inicio y a partir de ahí los efectos serán siempre mas profundos en la resolución del conflicto y de sus agentes.

Las necesidades de la víctima de la mayoría de los delitos no se concretan exclusivamente en que el sistema imponga un castigo ejemplar al autor de la agresión. Esa necesidad de venganza existe pero desaparece a lo largo del proceso. Lo que en realidad desea es que sea escuchada y que su dolor por la agresión sirva para la resocialización del agresor precisamente lo que éste desea a través del reconocimiento de hecho.

La mediación parte de la existencia del conflicto y de la identificación de las partes, precisamente donde casi nunca llega el proceso penal. El punto de partida es mucho mas avanzado y posibilita la fórmula idónea de reparación que expresa en la mediación agresor y víctima.

Para su consecución se hace necesario que el mediador pertenezca a la comunidad local y esté familiarizado con el contexto en el que ocurre el delito, sin que sea necesario que sea una persona imparcial, aunque sí debe gozar de credibilidad, procurando el bienestar de la unidad social sobre la que actúa.

En el proceso de mediación las partes del conflicto, mediadas por una tercera persona, van a intercambiar sus respectivas informaciones, solucionando muchos interrogantes sobre la violencia a través de la identificación y conocimiento de la persona del agresor y la víctima. La perspectiva del agresor respecto al hecho delictivo cambia cuando percibe que la víctima del tirón podría ser su madre o una persona como ella, y viceversa, cuando la víctima se da cuenta que su agresor podría ser un vecino o amigo muy estrechamente vinculado. A partir de ahí las soluciones que pueden propiciarse posibilitan un campo abierto en el que ambos, agresor y víctima, se apropian del conflicto y el mediador sirve de instrumento de pacificación social.

No hay vencedores ni vencidos, sino que ambos proponen la satisfacción de sus necesidades en el proceso, lo que procura paz

social, tolerancia y reconciliación de posiciones en los que la pena privativa de libertad pase a un segundo plano.

La experiencia nos dice que la víctima que se concilia, que ha conocido el porqué del delito, se siente sinceramente reparada con una manifestación de arrepentimiento y expreso compromiso de no volver a realizar actos similares y de realizar un comportamiento positivo superador de la agresión.

## 9. Normatividad

En nuestro entorno sociopolítico todos los países han recogido manifestaciones de esta consecuencia jurídica. Diversas publicaciones recogen las experiencias, surgidas en Estados Unidos y Canadá, e incorporadas a las legislaciones de Europa, desde Portugal hasta Grecia, pasando por la de Italia, Francia, Alemania e Inglaterra. En todas ellas se parte de un arrepentimiento activo del agresor, aunque algunas la limitan a delincuencia juvenil o inferior a 20 años. Los catálogos de delitos a los que se aplica son variados, si bien todos incluyen a la propiedad o el patrimonio y, ocasionalmente, a los atentados a la integridad física, que será mayor en cuanto más eficacia se otorgue al consentimiento en las agresiones a este bien jurídico.

En España, como antes señalé, el legislador penal de 1995 desaprovechó la oportunidad de modificar el sistema de penas. No obstante, el art. 21. 5 del Código penal proporciona una vía de acceso a la mediación.

Este artículo prevé la atenuación del culpable que haya procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y antes de la celebración del juicio oral.

Del precepto nos interesa destacar los siguientes aspectos. La no exigencia de un móvil que guíe la acción reparadora; la irrelevancia del momento de la reparación, siempre que concurra antes del juicio oral; la reparación ha de recaer sobre los efectos del delito y puede extenderse a cualquier apartado, no sólo económico, sino de cualquier índole, bastando con que se acredite la reparación; la conducta del culpable debe consistir en reparar, dejar las cosas como estaban, o disminuir los efectos del delito, esto es reducirlos, lo que debe implicar que el autor realice el esfuerzo considerable que le sea posible para alcanzar una reducción. Con la expresión “considerable” pretendo introducir un criterio valorativo por el tribunal para comprobar la conducta reparadora y su correspondiente atenuación de la responsabilidad penal.

En este sentido la STS 63/2001, de 23 de enero, confirma este criterio. “Esta circunstancia es compatible con la declarada concurrente en la sentencia de confesión pues ésta consiste en confesar la realización del delito, posibilitando su descubrimiento, y manifestando una asunción de la responsabilidad que es “premiada” con una atenuación en la consecuencia del delito. En la atenuante de reparación a la víctima, el acusado realiza una conducta activa en favor de su víctima posibilitando una reconciliación entre agresor y víctima que el Código penal contempla como atenuación. Ambos presupuestos, aún tratándose de comportamientos post-delictuales, se refieren a conductas distintas que merecen, para el Código penal, una distinta atenuación y obedecen a una política criminal que el legislador plasma en el Código penal”.

Otra Sentencia, la STS 1132/98, de 6 de octubre nos señala el fundamento de la circunstancia de atenuación en los términos señalados, al tiempo que afirma la posibilidad de que la conducta reparadora recaiga sobre un contenido no económico, incluso de carácter simbólico. “Con respecto a la aplicación al caso de la atenuante del art. 21,5ª CP., lo cierto es que -como lo admite la doctrina más moderna y proyectos legislativos recientes en Europa- es de apreciar no sólo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos se dará una reparación simbólica, que, por regla general debería ser admitida en todos los delitos. En el caso presente, estamos en presencia de una contribución positiva simbólica, que puede ser considerada como una aportación del acusado al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma”.

## **10. Examen jurisprudencial**

### **10.1. Reparación simbólica**

La atenuante de reparación puede ser estimada en ciertas circunstancias aunque la reparación no sea total, en particular cuando el acusado ha puesto de manifiesto haber realizado cuanto estaba a su alcance para reparar el daño. (STS 31.07.2009).

## 10.2. Fundamento atenuación: reparación y asumir responsabilidad

El artículo 21.5 dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Con esta previsión se reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a algunos actos posteriores al delito, que por lo tanto no pueden influir en la cantidad de injusto ni en la imputación personal al autor, pero que sin embargo facilitan la protección de la víctima al orientar la conducta de aquél a la reparación o disminución de los daños causados. En cualquier caso, aunque la propia ley prevé la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse de una contribución relevante (STS núm. 601/2008, de 10 de octubre y núm. 668/2008, de 22 de octubre, entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor. Solo de forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica, (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril), señalando que la reparación no solo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras la STS núm. 1002/2004, de 16 de septiembre; la STS núm. 145/2007, de 28 de febrero; la STS núm. 179/2007, de 7 de marzo; la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, y la STS núm. 2/2007, de 16 de enero.

Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5<sup>a</sup> no lo exija expresamente. Despojada la conducta de sus elementos subjetivos, en cuanto no se exige un particular sentimiento o actitud de arrepentimiento, lo trascendente para apreciar la atenuante es que la reparación pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable.

## 10.3. Conceptuación general

Como ha recordado la sentencia de esta Sala núm. 285/2003, de 28 de febrero citada por la Sentencia 1517/2003, de 18 de noviembre, la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se contemplaba en el Código Penal anterior, en el ámbito de

la atenuante de arrepentimiento espontáneo. Sin embargo en el Código Penal de 1995 se configura como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la configuración de la atenuante anterior.

Por su fundamento de política criminal, se configura como una atenuante “ex post facto”, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial.

El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica (STS 4 de febrero de 2000).

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta esta atenuante.

Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS 1112/2007, de 27 de diciembre.

Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia núm. 285/2003, de 28 de febrero, entre otras muchas posteriores), lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la

víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.

Nada obsta a que la reparación se produzca sencillamente “ad cautelam” de ser condenado por la resolución judicial que ha de dictarse, pues la objetivación de la misma, no requiere acto alguno de arrepentimiento y constricción, en la moderna jurisprudencia de esta Sala. Del propio modo, no es necesario que se exprese que se hace la consignación para que se produzca la entrega al perjudicado, pues es consustancial con dicha consignación.

La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril).

No puede exigirse que la reparación del daño sea necesariamente total, despreciando aquellos supuestos en los que el autor hace un esfuerzo de reparación significativo, aunque sea parcial, pues el legislador ha incluido también en la atenuación la disminución de los efectos del delito, y es indudable que una reparación parcial significativa contribuye a disminuir dichos efectos.

En estos supuestos de reparación parcial habrá que atender a su relevancia objetiva en función de las características del hecho delictivo, del daño ocasionado y de las circunstancias del autor y de la víctima (Sentencia núm. 1831/2002, de 4 de noviembre).

La dificultad para determinar si una reparación parcial, por su cuantía, ha de considerarse relevante o significativa a efectos atenuatorios, debe tomar en consideración la cantidad a indemnizar y la entregada o consignada, siempre en relación con la capacidad económica del acusado (Sentencia núm. 49/2003, de 24 de enero).

Para valorar la cantidad de la que se debe partir, teniendo en cuenta que las apreciaciones de las partes sobre la valoración del daño suelen ser muy discrepantes, puede tomarse como referencia la petición del Ministerio Fiscal como órgano público independiente (Sentencia núm. 49/2003, de 24 de enero EDJ 2003/607), si ya se ha producido la calificación provisional, siempre en relación con las cantidades que usualmente por estos conceptos suelen conceder los Juzgados y Tribunales.

En el caso enjuiciado, la entrega de la cantidad de 5.000 euros debe ser considerada como reparación parcial, pero suficiente para conseguir el efecto atenuatorio solicitado por el recurrente, con arreglo a la jurisprudencia citada, y con respecto a que no se ha “interesado en momento alguno su entrega al lesionado o manifestado su destino a reparar al menos parcialmente el daño ocasionado”, no puede compartirse esta afirmación de la Sala sentenciadora de instancia, toda vez que no puede comprenderse qué otra finalidad puede tener la entrega en consignación de tal cantidad de dinero por parte del acusado. Debe recordarse que en su formulación actual ha desaparecido de la atenuante toda referencia al ánimo del autor, por lo que no es necesario que la reparación responda a un impulso espontáneo. Sin embargo, la mera prestación de fianza para garantizar las responsabilidades civiles no puede valorarse como reparación o disminución del daño a los efectos de esta atenuante, como ya ha señalado en alguna ocasión esta misma Sala. No ha sido éste el concepto en que se ha satisfecho la consignación ya reseñada.

En consecuencia, procede la estimación del motivo, y la acreditación de la circunstancia atenuante de reparación del daño causado, en forma parcial, pero no desde luego en concepto de muy cualificada, pues dada la cantidad entregada, no puede comprenderse en ese comportamiento la “mayor intensidad en la acción reparadora”, que fija nuestra Sentencia 753/2002, de 26 de abril EDJ 2002/14917, para estimarse la concurrencia de meritada atenuante con el carácter de muy cualificada. (STS 23.06.2008).

#### 10.4. Aplicación a delitos graves

En el segundo de los motivos formalizados, numerado como quinto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., denuncia la infracción del artículo 21.5, en cuanto que la atenuante de reparación debió apreciarse como muy cualificada, dado el importante esfuerzo reparador del acusado que no solo indemnizó sino que se disculpó a satisfacción de la víctima.

1. El artículo 21.5 dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Tal como recuerda la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, “la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, con independencia del requisito cronológico, la atenuación se basa en razones de política criminal orientadas a la protección de la víctima, por lo que ha exigido que la reparación sea significativa o de cierta eficacia”. Son principalmente razones de política criminal

orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5ª no lo exija. Despojada la conducta de sus elementos subjetivos, en cuanto no se exige un particular sentimiento o actitud de arrepentimiento, lo trascendente para apreciar la atenuante es que la reparación pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable.

Por otra parte, la reparación no solo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, sino que la jurisprudencia ha admitido la reparación moral o simbólica, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras la STS núm. 1002/2004, de 16 de septiembre; la STS núm. 145/2007, de 28 de febrero; la STS núm. 179/2007, de 7 de mayo; la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, y la STS núm. 2/2007, de 16 de enero, en la que se recogía lo que sigue: “En este mismo orden de cosas debemos insistir en que el elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante.

De otro lado, la jurisprudencia ha exigido que la razón de la atenuación concorra con una especial intensidad para apreciar la atenuante como muy cualificada, habiendo considerado insuficiente el mero resarcimiento ordinario de las responsabilidades civiles la STS núm. 136/2007, de 8 de febrero; o la consignación de la indemnización cuando la causa ya estaba terminada la STS núm. 83/2007, de 2 de febrero. En sentido coincidente la STS núm. 133/2005, de 7 de febrero.

En el caso, y con independencia del momento en el que se procedió a la reparación económica, efectuada en su integridad según acuerdo con el lesionado, lo cierto es que según consta en los hechos probados el acusado se disculpó por lo sucedido a satisfacción de aquél. La Audiencia rechazó el carácter cualificado de la atenuante limitándose a establecer que no aprecia razones suficientes para ello.



Sin embargo, esta escueta argumentación no permite prescindir del hecho de que el acusado no se limitó a entregar una cantidad de dinero por el total de la indemnización, sino que llegó antes a un acuerdo con el lesionado al que incorporó una expresa petición de perdón, lo que, no pudiendo tacharse de una actitud meramente formal o insincera, que transformaría lo ocurrido en una mera apariencia sin sustro real alguno. Sin duda refleja una actitud de reconocimiento del orden jurídico y supone al tiempo una reparación moral, indicativa del esfuerzo por expresar el retorno al orden jurídico, que supera la mera reparación económica y que debe ser tenida en cuenta. Por lo tanto, el motivo se estima y la atenuante se apreciará como muy cualificada (STS 29.01.2008).