

La mediación víctima-delincuente en el derecho penal

Carmen SÁNCHEZ-ALBORNOZ BERNABÉ
Magistrada Juez de Instrucción nº 15 de Barcelona

Resumen

La mediación penal debe tener carta propia de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues los instrumentos jurídicos que son precisos para su actuación prácticamente existen y, tanto desde un punto de vista de derecho material como de derecho procesal, falta sólo ordenarlos y racionalizarlos en el contexto del nuevo proceso penal, más ágil y que permita dar una respuesta más rápida a las cuestiones de menor entidad. Su regulación deberá ajustarse a los principios generales establecido por la Comisión de Expertos de la Comisión Europea en abril de 1999, que, resumidos, se incluyen como anexo.

Palabras clave: acción penal, mediación, principio de oportunidad, sentencia de conformidad, efectos positivos, efectos negativos.

Abstract

Mediation in criminal justice should be increasingly used in our legal system, since the instruments necessary for its implementation already exist. All that is needed, both in material and procedural aspects, is organizing and rationalizing these resources within the context of the new criminal law process, in order to increase the flexibility and speed of response in minor offences. Its regulation should abide by the general principles established by the Experts Committee of the European Commission in April 1999, that are included as an appendix.

Keywords: criminal case, mediation, principle of opportunity, consent decree, positive effects, negative effects.

La autora es Magistrada titular del Juzgado de Instrucción nº 15 de Barcelona, en el que se está llevando a cabo una experiencia piloto de mediación penal de adultos, junto con un equipo pluridisciplinar específico, dirigido por la psicóloga Ansel Guillamat.

La crisis del sistema penal no es algo ajeno a nuestro país. Aquí, al igual que en otros países de nuestro entorno como Francia, Alemania, Portugal, Italia, etc., el sistema de represión de conductas esta siendo cuestionado y se intentan buscar nuevas soluciones.

La propia naturaleza de la institución judicial hace que se enfrente con una misión imposible, asegurar la protección del orden público y de las libertades individuales, de un lado y de otro, satisfacer institucionalmente la multiplicidad de sentimientos individuales de la justicia.

Cuestiones como el colapso judicial, la crisis de la pena privativa de libertad y la necesidad creciente de convertir a la víctima en uno de los elementos protagonistas del proceso penal obligan a replantearse el sistema vigente. La mediación penal surge así como una de las estrategias judiciales que pudieran dar solución parcial a los problemas planteados.

No se trata aquí de definir qué es la mediación penal, ni fijar qué objetivos persigue, sino de analizar las posibilidades de implantación en nuestro sistema penal vigente y los problemas jurídicos que ello plantea.

La postura europea

El interés que los países pertenecientes la UE tenemos por alcanzar un proceso penal unitario es cada vez mayor; en este sentido son importantes las constantes referencias a un sistema procesal europeo tanto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en los trabajos llevados a cabo por el Consejo de Europa.

La existencia de convenios de cooperación en materia penal y la creación de instituciones que operan en el ámbito de la

represión criminal, como la Europol, ponen de manifiesto la existencia de un embrión de política criminal común, que se encamina a alcanzar una sistema penal común para toda la UE.

Desde este prisma, entiendo que en materia penal ya no se puede legislar de forma individualizada y sin tener en cuenta las reformas e innovaciones que realizan los países de nuestro entorno y muy especialmente de la UE, y mucho menos se pueden desconocer las recomendaciones que en materia de política criminal surgen del Consejo de Europa.

Ciñéndonos al tema de la mediación penal, el Consejo de Europa propuso en el año 1992 al Comité Europeo para los Problemas Criminales crear una Comisión para analizar las experiencias que en dicha materia se habían desarrollado en los Estados miembros y valorar el lugar que la mediación penal podía ocupar en el ámbito de la justicia penal tradicional. Nace así el Comité de expertos sobre la mediación en materia penal.

Los trabajos de este Comité de expertos se desarrollan hasta fechas muy recientes e interesa destacar su última recomendación, que data de abril de 1999, en la que se analiza la mediación penal, partiendo de las diferentes y variadas experiencias de los Estados miembros, y tras constatar la aparición en los diferentes ordenamientos jurídicos de una nueva regulación de las cuestiones penales que presentan importantes diferencias con el método tradicional seguido hasta el momento, analiza estas experiencias y establece unos principios generales que deben tenerse en cuenta en su futura reglamentación.

Experiencias como la francesa, italiana y portuguesa no pueden quedar relegadas en el análisis de la cuestión. Y me re-

fiero a éstas en concreto, pues sus normas jurídicas son quizás las que por evolución histórica han tenido mas elementos comunes con nuestro sistema penal.

La mediación penal en España

El sistema penal español, en referencia a los adultos, es hoy día ajeno a cualquier planteamiento relativo a la mediación penal.

Las causas de tan escasas experiencias desarrolladas en materia de mediación penal deben buscarse en diferentes factores, algunos de carácter sociológico y político y otros que se insertan en la propia evolución del sistema penal español, que ha sido más compleja y ha ido por otros derroteros, a la seguida en países como Alemania, Francia, etc. Ello, ciertamente está íntimamente unido a la evolución del sistema político en los últimos 25 años y, en mi opinión, es debido a que en un primer momento se hacía imprescindible alcanzar un sistema penal garantista, en el que tuvieran entrada y plena vigencia los convenios internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales y muy especial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La preocupación de los penalistas tras la Constitución de 1978 era implantar y constitucionalizar los principios que debían regir en el proceso penal, pues principios como el proceso debido, acusatorio, derecho de defensa, etc., no eran valores tan claros y tan arraigados en nuestro quehacer diario.

La tarea de constitucionalización del modelo garantista está hoy prácticamente alcanzada, pero durante todos estos años nos hemos preocupado mucho por el imputado y por el acusado y, tras los excesos del sistema anterior, las garantías eran princi-

palmente garantías del sujeto pasivo del proceso penal.

En este contexto, y con un mejor sistema penal, la crisis se ha agravado, pues factores como la corrupción, los "jueces estrella", la mediatización del funcionamiento de la justicia y el proceso de globalización del crimen, lleva a una importante pérdida de credibilidad de la justicia.

El sistema penal y muy especialmente los jueces, hemos sido objeto de críticas por parte de las víctimas que, en ocasiones, han quedado relegadas a un segundo plano y que reclaman ante todo dejar de serlo, demandan una actuación de prevención y un resarcimiento del daño sufrido, cuando el delito se ha producido; piénsese en supuestos como la colza, la presa de Tous o el terrorismo.

Frente a esta pérdida de credibilidad, se empieza a actuar en favor de las víctimas. Nacen así normativas específicas por las que el Estado se hace cargo del pago del resarcimiento económico, pero para alcanzar esto, el peregrinaje judicial ha sido una tarea ardua.

Aparecen en el panorama jurídico penal los procesos consensuales, que ya estaban instalados en el ámbito civil y laboral. En materia penal, es la ley orgánica 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, la que encomienda al ministerio fiscal la iniciativa procesal y le concede amplias facultades para acordar la terminación del proceso con la intención de evitar, dentro de lo posible, los afflictivos del mismo. Ya se está hablando de procesos consensuales y de mediación penal.

Hasta aquí podía argüirse que este tipo de mecanismos de resolución de conflictos penales hacían referencia sólo a menores. Sin embargo, la ley orgánica 5/2000, regu-

ladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, regula un auténtico sistema de mediación penal en el artículo 19, donde establece que el ministerio fiscal podrá desistir de la continuación del expediente en determinados supuestos. El ámbito de aplicación de esta facultad es el de los delitos menos graves y faltas y se exige el reconocimiento del daño causado por parte del menor. El expediente en el que se alcanza la conciliación termina por sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

Hasta ahora, la cuestión de extender la mediación penal al campo de adultos podía refutarse afirmando que el proceso de penal de menores, se rige por principios específicos orientados hacia la reeducación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales. Ahora bien, el título preliminar de la ley, en su artículo 1.2, permite su aplicación a los mayores de 18 años y menores de 21; esto es, por vez primera nuestro ordenamiento jurídico posibilita la aplicación de la mediación penal a adultos, fijando el límite máximo de 21 años.

Así las cosas, cabe preguntarse por qué no se puede articular un sistema de mediación penal para adultos hasta los 30 años, o bien hasta que alcancen un determinado nivel de madurez y de socialización. En definitiva, se está planteando la entrada de la mediación penal en el sistema jurídico vigente.

Mediación y proceso penal

Acción penal

El núcleo central del debate en materia de mediación penal, se encuentra en el binomio *principio de legalidad - principio*

de oportunidad. El principio de legalidad, o de estricta legalidad, como lo define Ferrajoli (en el sentido de que no basta su sentido formal; esto es, que la ley sea condición necesaria de estar formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, que sirvan como figuras cualificadas en proposiciones judiciales, garantizando así la sujeción del juez solamente a la ley) cuando lo analizamos desde la perspectiva de la mediación penal se reconduce al principio de obligatoriedad de ejercicio de la acción penal.

En ese sentido, Andrés Ibáñez centra el debate y afirma que nunca se había discutido que la obligatoriedad de la acción penal fuera una implicación necesaria del principio de legalidad penal rigurosamente entendido, siendo este el clima de cultura procesal del que se nutre la Constitución vigente; añade que los partidarios de la apertura del proceso penal a criterios de oportunidad en ocasiones cuestionan el modelo como tal. Fernández Entralgo añade que ello no es ajeno a la influencia norteamericana.

Como fundamento de la obligatoriedad de la acción penal, se alega el sometimiento del juez únicamente al imperio de la ley. Esta exclusividad (únicamente), según Andrés Ibáñez define un modelo de relación entre el juez y la ley que no deja espacio para un fiscal al que el legislador pudiera deferir la responsabilidad de constituir discrecionalmente alguno de los presupuestos materiales del ejercicio (o no) de la jurisdicción. Se añade, por último, el carácter indisponible, como manifestación del principio de legalidad.

Frente a esta postura, los defensores del principio de oportunidad defienden el sistema de oportunidad reglada. Así, afirma López Barja: "el principio de oportunidad

introducido legalmente es admisible en el marco constitucional, pues ya es legalidad.”

Se constata la importante y consistente difusión en derecho comparado de este principio y de las instituciones que en él se apoyan. Así, Gimeno Sendra distingue entre obstáculos constitucionales y obstáculos orgánicos y concluye que, sin perjuicio de determinadas garantías, es preciso y necesario introducirlo para agilizar la justicia penal. Vives Antón, por su parte, considera que ese principio es un aspecto del principio constitucional de proporcionalidad o prohibición del exceso.

En general, como afirma López Barja siguiendo a Hassemer, lo esencial es que los casos estén determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas destruyen por completo el principio de legalidad. Es preciso el principio de oportunidad, pero han de estar taxativamente tasados sus casos y además deberán arbitrarse mecanismos que eliminen en lo posible los peligros que tal principio encierra para el Estado de Derecho. Señala: la participación del juez o tribunal, la aceptación del afectado, la existencia de fundamentación para todo auto de sobreseimiento y el establecimiento de un eficaz procedimiento para obligar a ejercitar la acción penal.

Hasta aquí las razones jurídicas alegadas como cuestiones de orden práctico por los defensores del principio de oportunidad reglada. Afirman que, en definitiva, éste opera en la práctica; así, el archivo al inicio del proceso para evitar determinadas repercusiones materialmente injustas. Se señala de forma muy especial la forma en la que se desarrolla en la práctica la institución de la conformidad, pues en ocasiones la puerta de las salas de vistas se con-

vierte en auténtico mercado de rebajas de penas, cuya inspiración no es conseguir una mejora de la respuesta penal frente al acusado y mucho menos frente a la víctima, sino el agilizar el asunto, que no se suspenda y, en definitiva, no hacer el juicio, no dictar la sentencia y no formular recursos en caso de discrepancia, sin perjuicio de la imagen que da el abogado frente al cliente acusado, de conseguir «lo imposible».

Mediación o justicia privada

Frente al principio de oportunidad reglada, muy especialmente frente a la mediación penal, se alega el riesgo de la privatización y mercantilización de la justicia. Sin embargo, entre el principio estricto de legalidad (y la obligación formal de persecución de la totalidad de los delitos) y el sistema americano existen fórmulas intermedias y, sobre todo, existe un control judicial o del ministerio fiscal de la mediación. Existe una importante resistencia a la admisión del principio de oportunidad reglada que, en mi opinión, no encuentra un fundamento insalvable, pues ciertamente así ha sido en países como Francia, Italia y, muy especialmente, Portugal (que tenía un sistema penal muy similar al nuestro y, por tanto, en su diseño constitucional de proceso penal debía partir de las mismas bases teóricas y ha dado un importante giro, introduciendo la institución de la mediación penal). De otra parte, la Recomendación del Comité de expertos del Consejo de Europa establece mecanismos de corrección a cualquier intento de privatización de la justicia por uso de la mediación penal. En este sentido, el punto 5 de la Recomendación de abril de 1999 afirma:

“Los servicios de mediación no pueden hacer abstracción por completo del sistema de justicia penal. Las instancias de la justicia penal deberían ejercer una función de «facilitación», pues la responsabilidad que les incumbe en último término es la de velar por la legalidad del procedimiento. En particular, en las decisiones que tomen antes y después de la mediación deberán evaluar las cuestiones relacionadas con el interés general y los derechos y garantías de orden procesal de las partes. Además existen derechos individuales que deben ser protegidos durante la mediación; por consiguiente, las autoridades judiciales deben controlar el procedimiento de mediación”.

Manifestaciones del principio de oportunidad

Sentencia de conformidad

La mediación penal en España es incipiente, hay un desconocimiento teórico de la institución y muchos detractores. Se aleja su difícil articulación en el bloque constitucional de normas procesales. Quebrantamiento del principio de legalidad, del derecho de defensa, del principio de presunción de inocencia, del principio de publicidad procesal, son obstáculos, inicialmente insalvables para introducir en nuestro país un sistema de justicia negociada y en última instancia, dar entrada a la mediación penal.

Ciertamente, si se analizan las experiencias de otros países y, en concreto, de Italia y Portugal, vemos que han implantado un proceso penal sumario o rápido en el que tiene perfecta entrada la negociación entre acusador y acusado y que finaliza

mediante sentencia dictada por un juez. Las leyes italianas regulan desde 1981 el *Patteggiamento* y, tanto la de ley de 1988 que establece la “*Applicazione della pena su richiesta delle parti*”, como el Código de Proceso Penal Portugués de 1987 regulan juicios sumarios en los que el juez dicta sentencia en base al acuerdo que las partes – ministerio público e imputado– le proponen.

Los detractores de la introducción de un sistema de negociación en nuestro ordenamiento jurídico olvidan, sin embargo, que nuestra Ley Procesal contiene una institución basada no ya en el principio de oportunidad reglado, que es el más cercano a nosotros, por ser más típico del sistema continental, sino que trae causa del *plea bargaining* regulado en el sistema norteamericano.

Así, si partimos de que el *bargaining* es en esencia un juicio arreglado, esto es, una negociación previa entre el fiscal y el imputado o acusado, que se traduce en un reconocimiento de hechos ante el juez, que hace innecesaria la continuación del juicio y puede sin más dictarse sentencia, debe cuestionarse qué diferencia existe entre la institución americana tan denostada (no significa que aquí se defienda) y las sentencias que de forma habitual dictan casi todos los días los jueces de lo penal y, quizás con menor entidad, las Audiencias Provinciales.

Piénsese en delitos como los de seguridad del tráfico, en el que es habitual -y, de hecho así se reconoce- que los Fiscales pidan una pena muy alta para luego llegar al juicio y, tras la correspondiente rebaja y petición de la pena mínima, el acusado se conforme. En estos casos existe una negociación previa, que se da no entre fiscal y acusado, sino entre fiscal y abogado, quien luego tiene la tarea de convencer a su cliente.

En Barcelona esa práctica se ha visto incrementada con los juicios rápidos. Cuando el imputado fue detenido por conducir con una tasa de alcohol no permitida, o bien le fue encontrada una papelina de cualquier sustancia referida en el artículo 368 del Código Penal, o bien ha sido detenido y acusado por un robo con fuerza, la conformidad resulta muy fácil, con independencia de la fama del juez (esto es, de si es habitual que sea duro e imponga penas altas o bien esté catalogado de blando y con carácter general imponga el mínimo, lo que, en definitiva, de nada sirve al acusado y menos a la víctima), y solo evita el acto del juicio oral y la sentencia motivada.

De lo expuesto se debe concluir que la negociación en el proceso penal no solamente está regulada legalmente, sino que además se practica de forma habitual y, en mi opinión, se practica mal, pues las prisas por conformar, que se incrementan al filo de las dos de la tarde, muchas veces pueden conculcar derechos fundamentales del acusado y de la víctima, quien normalmente no ha sido oída en este proceso negociador y, por tanto, se negocia algo que le afecta muy directamente, como es el resarcimiento del daño causado, sin ser oída.

Así las cosas, me pregunto qué dificultad existe para desarrollar una normativa procesal penal de negociación o de conformidad y regular el principio de oportunidad, pues la institución de la conformidad tal y cómo está estructurada no tiene prácticamente límites, ya que la sentencia dictada por el juez únicamente se funda en la voluntad coincidente de ambas partes y tiene como límite que la pena no sea superior a seis años y que los hechos descritos en el relato fáctico sean constitutivos de la infracción penal que ambas partes reconocen. La vinculación del juez es total y el

asunto se sustrae del conocimiento de un órgano jurisdiccional, pues el juicio no se llega a celebrar.

Disponibilidad de la acción penal

a) *Ausencia de denuncia.* El particular víctima del delito puede adoptar en el sistema español diversas posiciones, desde no denunciar, hasta mostrarse parte en el proceso penal, como acusador particular e incluso defendiendo a otras víctimas mediante la defensa de intereses colectivos, actuando la acción popular. Aun cuando nuestro sistema contempla la actuación de oficio por parte del juez, ciertamente quien actúa de oficio es la policía ante delitos *in fraganti*, o bien, en un mayor número de casos, cuando es requerida por el ciudadano mediante la presentación de una denuncia. Hoy día es prácticamente impensable la existencia de un juez que vaya incoando causas penales por hechos de los que conoce cuando no está ejerciendo su función jurisdiccional.

b) *Requisito de denuncia previa.* En nuestro ordenamiento siempre han existido los delitos denominados privado (así, la injuria); sin embargo, el nuevo Código Penal, traslada la necesidad de la denuncia previa de un bien jurídico como es el honor o la libertad sexual, al ámbito de los delitos cuyo bien jurídico es de contenido económico o esta íntimamente relacionado con él (así, los delitos societarios, los delitos relativos al mercado y a los consumidores, o los delitos de revelación de secretos). Ciertamente la instauración de este

requisito supone dejar en manos del particular -la víctima- la decisión sobre cuándo ejercita o no la acción penal. Y aquí, ciertamente, el peligro de mercantilización de la justicia es total, pues, por ejemplo, en los delitos societarios la denuncia no suele ser inmediata a la perpetración del hecho, sino que pasan meses e incluso años. Ello, en el mayor número de los casos, significa que ha existido una negociación previa que no ha llegado a buen fin. Ciertamente este sistema introduce la negociación sobre la posible imposición de una pena, negociación que además no tiene ningún tipo de control, pues ciertamente cuanto mayor posición de fuerza y mayores pruebas tenga el denunciante y cuanto más débil sea la postura del denunciado, más fácil será que éste acceda a las pretensiones, más o menos justas, de aquél. Pero todo ello sin ningún control.

- c) *Renuncia de la víctima*. El poder del ofendido, sancionado como causa de extinción de la responsabilidad criminal en determinados delitos, opera igualmente como una manifestación del principio de oportunidad y de negociación privada en el ámbito del proceso penal, sustraída de todo punto al control jurisdiccional. En este punto, un ejemplo muy actual es la renuncia de la mujer maltratada, frente a las amenazas del cónyuge.

Hacia un nuevo proceso penal

Aspectos procesales

De lo expuesto hasta aquí se deduce que nuestro ordenamiento procesal no es

ajeno al principio de oportunidad y tampoco es ajeno a los procesos sumarísimos, piénsese en los juicios rápidos y en el éxito que han tenido.

La experiencia de determinados países como Francia Italia y Portugal y la crisis del sistema nos obliga a plantearnos una revitalización del sistema judicial.

Es necesario dar respuesta a una sociedad que demanda una actuación de la justicia penal más acorde con las necesidades del ciudadano actual. Conceptos como "*politique de la ville*", *justicia de proximidad*, *justicia comunitaria*, ponen de manifiesto actuaciones que intentan dar solución a la diversificación de la delincuencia; pues desde las mafias organizadas, hasta la pelea vecinal, hay muchas categorías de infracción penal, pasando por el terrorismo, los casos de corrupción, etc.

Desde un punto de vista económico, el sistema es lento y caro, el acceso a la justicia hoy día es un derecho fundamental garantizado y ello hace que el coste sea muy elevado. Piénsese que en España una pelea vecinal en cualquier ciudad es juzgada por un magistrado en primera instancia y por la Audiencia Provincial; ciertamente este nivel de garantías debe calificarse de lujo jurídico, pues al acusado que se enfrenta con una petición de pena de cinco años de prisión por un delito de robo con arma u objeto peligroso le juzga también un magistrado y, en vía de apelación, una sección de la Audiencia, sin que llegue a casación. En el primer caso no existe una relación de proporcionalidad entre lesión de un bien jurídico y coste para dar respuesta penal.

Ciertamente la reforma del sistema procesal penal es urgente, el proceso debe simplificarse y debe racionalizarse, es necesario revitalizar instituciones aparcadas

y que ahora nos volvemos a cuestionar bajo la denominación de justicia de proximidad.

En este contexto hacen su aparición las experiencias en *mediación penal*. Experiencias que han utilizado los amplios recursos del sistema procesal español. Recursos que, de otra parte, se han infrautilizado, o bien se han utilizado defectuosamente, como analizábamos en relación a la conformidad.

Si nos preguntásemos si no sería más garantista que un acuerdo entre las partes acusadora y acusada se someta al juez para dictar la sentencia de conformidad que corresponda, a fin de que el ministerio fiscal y el acusado, con su abogado, puedan negociar de forma más pausada y así permitir al ministerio fiscal conocer el alcance del daño causado y si la conformidad es la respuesta penal adecuada para ese caso concreto, ciertamente diríamos que sí, pues cambiaríamos la negociación rápida de la conformidad en la sala de vistas por una negociación menos coercitiva para el acusado y más pausada en el despacho del fiscal, o incluso en el juzgado de instrucción.

Admitido lo anterior, la siguiente pregunta es por qué no dar entrada a la víctima en esta negociación, pues ciertamente, y como apuntaba al inicio de este trabajo, es la gran olvidada del proceso, muy especialmente en la aplicación de la conformidad.

Desde ese punto de vista no existe ningún obstáculo para que se lleve a cabo una mediación entre víctima y agresor, cuyo resultado final cuente con la aquiescencia del ministerio fiscal, quien puede participar en el proceso estricto de mediación, o bien quedarse al margen y a la espera del acuerdo al que lleguen víctima e imputado con el concurso de un experto en media-

ción, que posteriormente le permitirá llegar a un acuerdo de conformidad con el acusado.

El alcance de este compromiso y de la mediación puede ser variable ya que, en relación al acusado, puede ir desde una rebaja o sustitución de la pena, hasta el desistimiento en el ejercicio de la acción penal, acudiendo a la institución del sobreseimiento, que puede ser condicionado o incluso libre.

Su articulación procesal está esbozada en nuestro sistema, pues el artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) permite, ante el reconocimiento de hechos por el imputado, que, sin calificar, se acceda al juicio oral, donde se califica. Actuación que se desencadena a instancia del ministerio fiscal y del imputado asistido de letrado.

El artículo 791.3 de la LECrim permite que el acusado asistido de su letrado, preste su conformidad con la acusación más grave, lo que se manifiesta y se hace llegar al Juez mediante la formulación de un mismo escrito que tendrá carácter de acusación y al mismo tiempo de reconocimiento de hechos y aceptación de su contenido. En definitiva, este escrito plasma el acuerdo al que han llegado ministerio fiscal y acusado.

Por último, el artículo 793.3 LECrim permite la conformidad con la acusación más grave, conformidad que se manifiesta ante el juez una vez iniciado el juicio oral y en la fase de cuestiones preliminares, antes de la práctica de la prueba.

Vemos, pues, que la conformidad puede producirse en cualquier momento procesal antes del juicio oral, pues así cabe antes de interponer la denuncia. Piénsese en los miembros de una sociedad que acuerdan acudir a un arbitraje para dirimir

sus diferencias y desisten del ejercicio de la acción penal una vez interpuesta la denuncia, pues el imputado puede reconocer los hechos, lo que posibilita una sentencia de conformidad, tanto en su primera declaración ante la policía, como durante su declaración en calidad de imputado judicial (recuérdese el debate que hubo en Barcelona en relación a los juicios inmediatos), al conocer la calificación del ministerio fiscal, o bien justo antes de entrar en la fase probatoria del juicio oral.

La cuestión esencial es que, si existen estas herramientas jurídicas y nuestra Constitución admite la conformidad en la forma analizada, por qué no profesionalizamos y regulamos este proceso de convergencia de intereses que se da entre el fiscal y el acusado para llegar a la conformidad, dando entrada a la víctima. En definitiva, la pregunta es por qué no se regula la mediación penal.

Aspectos de derecho sustantivo

El Código Penal vigente introduce una nueva regulación del denominado *arrepentimiento activo*, pues, en tanto que el artículo 9.9 del Código Penal de 1973 exigía un acto de confesión o una reparación anterior a tener conocimiento de la apertura del procedimiento por parte del culpable, el actual artículo 21 contempla dos atenuantes diferentes. La del número 4, que mantiene la exigencia de confesión de la perpetración de la infracción penal antes de conocer el inicio del proceso. La del número 5, que realmente es la que nos interesa aquí, permite atenuar la pena cuando el culpable repare el daño ocasionado a la víctima o disminuya sus efectos en cualquier momento del proceso, fijando el límite temporal del juicio oral. Dicho pre-

cepto tiene una indudable operatividad en el campo de la mediación penal, pues su amplia formulación no exige que la reparación sea únicamente de contenido económico, caben reparaciones morales, o de cualquier otra índole. En definitiva se trata de que la víctima se sienta menos víctima.

Entiendo que el legislador de 1995 habla de justicia reparadora y que abre una puerta a la mediación penal, que puede complementarse perfectamente con la institución de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta.

En este punto, destacar el juego del artículo 87.1 y 2, pues permite ampliar la suspensión de la ejecución cuando se imponen penas de hasta tres años; esto es, en la mayoría de delitos menos graves, incluso en el supuesto de reincidencia del penado. La única exigencia es que el delito se haya cometido por adicción al alcohol o por toxicomanía.

Desde la óptica de los artículos 81 y 87 y a la vista de la atenuante del artículo 21.5 del Código Penal, se estima que, con independencia de razones de política criminal, no existe ningún obstáculo constitucional que impida al legislador introducir en el artículo 87 la aplicación de la suspensión de la ejecución en supuestos de penas de hasta tres años, si se ha producido una reparación de la víctima y se ha llegado a un acuerdo o pacto de mediación.

Efectos positivos

- a) La regulación que se reclama permitiría dar plena entrada en el proceso a la víctima y, en ocasiones, minorar los efectos victimizantes del delito; ya que no todo delito se repara con la cárcel y con dinero; las víctimas en ocasiones solo pretenden que les pi-

dan perdón por el daño causado, quieren sentirse valoradas por su victimario.

- b) Vemos que la mediación y el derecho reparador están en íntima conexión, pues ante determinados delitos, es más importante la víctima que el castigo ejemplar.
- c) De otra parte, la mediación facilita la reinserción social del imputado, sin necesidad de acudir a medidas más duras, como podría ser la restricción de libertad.
- d) El proceso sería más rápido y ágil, y la eficacia y rapidez de la pena que se impusiera operaría como elemento de prevención general (así, en el caso de los delitos contra la seguridad del tráfico y el cambio de mentalidad operado en los conductores tras los juicios rápidos en las ciudades donde se han implantado).

Efectos negativos

Se alega que el acuerdo entre fiscal y acusado puede vulnerar determinados preceptos constitucionales, como los de:

- a) Presunción de inocencia, por estimar que el imputado-acusado es inocente hasta que no se dicte sentencia condenatoria; sin embargo, dicha afirmación se puede rebatir afirmando que la conformidad prestada debe valorarse como prueba de su responsabilidad.
- b) Indisponibilidad del derecho fundamental de libertad. Se afirma que se deja en manos del acusado la posibilidad de renunciar a este derecho, aceptando una pena; frente a ello cabe alegar que el acusado no dispone de su indisponible derecho de li-

bertad, sino que al disponer de su derecho de defensa, hace uso de un instrumento eficaz para asegurar la imposición de una pena mínima.

- c) Ausencia de control jurisdiccional. Al igual que en la actual conformidad, los límites deben estar marcados claramente y el juez debe poder valorar en todo caso si es o no correcta la calificación jurídica del hecho y la valoración que hacen las partes de las circunstancias alegadas.

Conclusión: el marco jurídico de la mediación

Se puede afirmar que la mediación penal debe tener carta propia de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues los instrumentos jurídicos que son precisos para su actuación prácticamente existen y, tanto desde un punto de vista de derecho material como de derecho procesal, falta sólo ordenarlos y racionalizarlos en el contexto del nuevo proceso penal, más ágil y que permita dar una respuesta más rápida a las cuestiones de menor entidad.

La puerta está abierta, pues lo que es aplicable a los imputados de 21 años, puede acoplarse a los de más edad. Tanto vulneraría, en su caso, el bloque constitucional procesal la norma de la ley orgánica 4/2000, como su aplicación al proceso penal de adultos. A favor, estimar que la reeducación que se aplica a los menores es una forma de socialización o de resocialización y no por tenerse más edad desaparece la necesidad formarse en determinadas materias.

Así, su regulación deberá ajustarse a los principios generales establecido por la Comisión de Expertos de la Comisión Europea en abril de 1999, que de forma resumida se incorporan en el anexo.

Anexo

Recomendación del Comité europeo para los problemas criminales (abril 1999)

Principios generales

Los principios generales recogen los aspectos esenciales de la mediación en materia penal. Señalan el importante lugar de la mediación dentro del sistema de justicia penal, los principios característicos de la mediación (participación voluntaria y confidencialidad) y el servicio que puede prestar a las víctimas y a los delincuentes.

- La participación voluntaria es un elemento indispensable en todas las formas de mediación. Es esencial que la participación sea decidida con entera libertad. Las partes pueden en todo momento negarse a seguir participando. Las autoridades de la justicia penal y el mediador deben señalarlo a las partes antes de la mediación y al comienzo de ésta.
- La mediación en materia penal tiene que tener un carácter confidencial, y ello por dos razones esencialmente. En primer lugar, la confidencialidad es una condición previa para que haya un encuentro fructífero y un resultado positivo. Crea un marco en el que las partes pueden abordar sin dificultad muchos más aspectos que no serían procedentes en un procedimiento judicial tradicional. Este tipo de informaciones suplementarias es lo que permite muchas veces alcanzar una solución por vía amistosa. En segundo lugar, la confidencialidad protege los intereses de las partes. Así pues, las discusiones entre las partes en el marco de la mediación no deben hacerse públicas, a menos que aquellas lo decidan de común acuerdo. El principio de la confidencialidad contrasta con la audiencia pública características de los procedimientos penales tradicionales y subraya el «carácter privado» de la mediación. La confidencialidad se aplica no sólo con respecto a la opinión pública sino también al sistema de justicia penal. El apartado 30 presenta una excepción al principio de confidencialidad.
- La mediación se ha aplicado hasta ahora de un modo embrionario en muchos Estados miembros. En algunos países se ha convertido en un servicio más o menos sistemático. Es importante que el servicio en cuestión sea realmente sistemático por razones que se refieren a la igualdad de acceso y a la calidad del servicio prestado. Así, la Recomendación solicita a los Estados miembros que éstos promuevan programas de mediación públicos o privados, con objeto de que éste sea un servicio generalmente disponible. Por consiguiente, sería necesario como mínimo que los poderes públicos reconocieran oficialmente la mediación -puesta en práctica por programas públicos o privados- como una posibilidad o fórmula que sustituyera o completara el procedimiento penal tradicional. Tales programas deberían ser financiados a través de los presupuestos públicos (del Estado y/o los municipios), y de ellos deberían rendir cuentas la administración concernida. Dicho esto, la Recomendación no llega a presentar la mediación como un «derecho» sino como una posibilidad jurídica.
- La mediación se puede utilizar en todas las fases del procedimiento penal. La posibilidad de recurrir a la mediación en cualquier fase varía considerablemente según cada país. Hay muchos programas en los que la mediación se puede producir efectivamente en cualquier fase del procedimiento, pero en otros, puede ser un aspecto de una decisión de desjudicialización (bajo condición o de manera diferente) o ser presentada como uno de los derechos de los que la policía informa a la persona a la que inculpa; o puede desarrollarse paralelamente a las diligencias judiciales, ser uno de los elementos de la pena (por ejemplo, en el marco de la reparación ordenada por el juez) o producirse después de la condena... Se recomienda que se haga accesible la mediación en todas las fases del procedimiento judicial. Bien es verdad que las partes (y

especialmente la víctima) pueden no estar dispuestas a recurrir a ella en las primeras fases del procedimiento, pero muchas veces es importante alcanzar un compromiso lo más pronto posible.

- La autonomía de los servicios de mediación dentro del sistema de justicia penal protege el procedimiento de mediación contra todas las injerencias injustificadas, con lo que da a entender que su razón de ser es diferente de la del sistema de justicia penal «tradicional». Los servicios de mediación han de ser suficientemente autónomos para poder responder con agilidad y acierto a las necesidades de las partes. Habida cuenta de todo ello, los servicios de mediación no pueden hacer abstracción por completo del sistema de justicia penal. Las instancias de la justicia penal deberían ejercer una función de «facilitación», pues la responsabilidad que les incumbe en último término es la de velar por la legalidad del procedimiento. En particular, en las decisiones que tomen antes y después de la mediación deberán evaluar las cuestiones relacionadas con el interés general y los derechos y garantías de orden procesal de las partes. Además existen derechos individuales que deben ser protegidos durante la mediación; por consiguiente, las autoridades judiciales deben controlar el procedimiento de mediación.

Fundamento jurídico

Como no se trata de reglamentar la mediación más de lo necesario y habida cuenta que la mediación se puede enfocar desde perspectivas diferentes según cada Estado miembro, la Recomendación no impone el requisito expreso de que los programas de mediación se adopten por ley en buena y debida forma. En cualquier caso, es importante que como mínimo la legislación haga posible la mediación, e incluso facilite recurrir a ella.

Derechos y garantías de carácter procesal

Los derechos y garantías de carácter procesal se han de considerar en el marco de la mediación. La cuestión de saber en qué medida deben ser prescritos por la ley depende de la tradición jurídica de cada Estado miembro. La mediación debe, en todo caso, respetar las exigencias del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El funcionamiento de la justicia penal en relación con la mediación.

Esta sección de la Recomendación trata del papel de las autoridades judiciales y presenta los principios directores cuando aquellas deciden sobre la oportunidad de la mediación.

1. La mediación en materia penal debería ser competencia de las autoridades judiciales (por regla general, el ministerio público o el tribunal). Habría «asunto penal» desde el instante en que se señalara una infracción a la policía. Una vez terminado el procedimiento de mediación, correspondería también a las autoridades judiciales evaluarla (ver los principios generales, apartado 5).
2. Es esencial que las partes, antes de aceptar la mediación, conozcan bien todos los hechos de la causa. También deberían tener derecho a que se les explicara detalladamente cómo se desarrollará la mediación, qué servicios o personas se encargan de ella, y cuáles pueden ser las consecuencias de este procedimiento en las decisiones judiciales y en los resultados de la mediación (éxito, fracaso o acuerdo parcial). A las autoridades judiciales incumbe facilitar esas informaciones. Las partes las necesitan para poder prestar su consentimiento con pleno conocimiento de causa; conforme al apartado 1, incumbe facilitarlas.

3. El consentimiento de las partes para la mediación no se debería poder conseguir por «medios coercitivos. Los autoridades judiciales deben velar por que las informaciones facilitadas a las partes (ver apartado 10) les sean presentadas de un modo objetivo. No deben tomar ninguna medida jurídica contra las partes con objeto de obligarlas a aceptar la mediación y deben asegurarse de que ninguna de las partes incitará a la otra a aceptar la mediación, por ejemplo, mediante amenazas... En resumen, las autoridades judiciales deben procurar que las partes tomen la decisión de aceptar la mediación sin que exista ningún condicionante intempestivo.
4. La reglamentación nacional especial y las garantías jurídicas que regulan la participación de los menores en el procedimiento penal clásico también debería afectar al procedimiento de atribución de un asunto a los servicios de mediación y aplicarse durante la mediación. En virtud de dicha regla, las autoridades judiciales deberían ejercer una función especial de control del procedimiento de mediación cuando hay menores que participan en ella. En particular se deberían garantizar los derechos a recibir información, expresar puntos de vista, estar representado (asistencia familiar u otra diferente), y beneficiarse de un procedimiento rápido. Las autoridades judiciales, cuando abordan las cuestiones de procedimiento y la mediación propiamente dicha, también deben tener en cuenta el interés superior del niño (ver la Convención relativa a los derechos de la infancia de las Naciones Unidas) y la Convención europea sobre el ejercicio de los derechos del niño).
5. Dicha regla excluye la mediación en los asuntos en los que una de las partes principales no sea capaz intelectualmente de comprender el procedimiento de mediación. Las razones pueden deberse a la edad, al retraso mental o cualquier obstáculo del mismo tipo. La referencia a las «partes principales» significa que los asuntos en los que intervienen más de dos partes, aunque una de las partes no esté en condiciones de comprender el sistema de procedimiento, pueden ser remitidos a los servicios de mediación en el supuesto de que dicha incapacidad sólo juegue un papel secundario en el procedimiento.
6. Para que exista mediación es preciso que la víctima y el acusado acepten los hechos principales de la causa. Si en este punto no hay acuerdo entre las partes, la posibilidad de llegar a un compromiso durante la mediación es limitada o incluso nula. No es preciso que el acusado se declare culpable, y las autoridades judiciales no pueden pronunciarse de ninguna manera sobre dicha culpabilidad, pues, de lo contrario, infringirían el principio de la presunción de inocencia (artículo 6.2 de la CEDH). Basta con que el acusado reconozca tener una cierta responsabilidad de lo que ha sucedido. Por otra parte, se destaca que la participación en la mediación no se debe utilizar contra el acusado más que en el caso de que el asunto vuelva de nuevo a las autoridades judiciales tras la conclusión de la mediación. Además, la aceptación de los hechos, y hasta la «confesión de culpabilidad» por el acusado en el marco de la mediación no se deben utilizar en su contra en los procesos judiciales ulteriores que afecten al mismo asunto.
7. Cuando entre las partes existan disparidades evidentes, quizá no sea procedente recurrir a la mediación. Y ello porque ésta requiere la participación activa de las partes y la aptitud para tomar decisiones en función de los propios intereses que faciliten la negociación. La existencia de graves desequilibrios de poder, como la existencia de una relación de dependencia de una parte respecto de la otra o las amenazas implícitas de violencia, puede desembocar en la imposibilidad de lograr una participación voluntaria y conseguir un acuerdo. Así las cosas, hay muchos casos en los que el mediador puede remediar las disparidades en materia de poder y de aptitudes, y restablecer el equilibrio en beneficio de las partes que están en desventaja.

8. Varios Estados miembros señalan el problema representado por la lentitud de los procedimientos penales. La mediación debe desarrollarse a un ritmo que se adecúe a las partes. El plazo de que se trata en esta regla tiene por objetivo que las autoridades judiciales sean informadas en un plazo razonable para tomar las decisiones que procedan. Si la mediación no concluye satisfactoriamente en el plazo previsto, las autoridades judiciales deben plantearse la reanudación del procedimiento penal normal de acuerdo con el «principio de celeridad» (lo que no quiere decir forzosamente que la mediación no pueda continuar a título privado si las partes lo desean y están en condiciones de continuarla, ver también el apartado 28).
9. Esta regla se aplica a los casos en que la mediación desemboca en acuerdo; las autoridades judiciales aceptan el resultado y, en consecuencia, se pone fin al procedimiento penal (sobreseimiento o desistimiento). Esta decisión de las autoridades judiciales prohíbe que se vuelvan a abrir diligencias por los mismos hechos (*ne bis in idem*) a condición de que se aplique el acuerdo y que la decisión sea ejecutoria.
10. Caso de que no se produzca acuerdo entre las partes o de que, habiendo acuerdo, las partes no lo respeten, las autoridades judiciales generalmente reanudan el procedimiento tradicional. En virtud del apartado 16, conviene evitar que el procedimiento se alargue más de lo razonable: las autoridades pueden pronunciarse sin demora sobre las medidas a adoptar.

Resultado de la mediación

- Los acuerdos de mediación deben responder a los tres criterios siguientes: estar concluidos voluntariamente, ser razonables, ser proporcionados. El carácter completamente voluntario de los acuerdos es un imperativo absoluto, y lo que distingue a la mediación de la decisión de justicia y del arbitraje, en el que una persona imparcial escucha a las partes y puede darle a la negociación un carácter más espontáneo y ágil que un tribunal, habida cuenta de que la decisión es competencia suya... Así las cosas, el carácter voluntario que debe tener el acuerdo de mediación no quita para que el mediador pueda desempeñar un papel activo en la conclusión del acuerdo en cuestión. El criterio de la obligación razonable implica una cierta reciprocidad entre la infracción y el tipo de obligación impuesta a su autor. El imperativo de proporcionalidad significa que la carga impuesta al delincuente debe corresponder, dentro de unos límites muy amplios, a la gravedad de la infracción. Así por ejemplo, el importe de la indemnización no debe ser excesivo ni tampoco irrisorio.
- Una vez terminada la mediación, el mediador debe elevar un informe a las autoridades judiciales sobre las medidas procedimentales adoptadas durante la mediación y sobre el resultado de ésta. Si la mediación no desemboca en acuerdo, el informe, a ser posible, debe indicar brevemente las razones. En cualquier caso, en virtud del principio de confidencialidad, el informe no debe revelar el contenido de lo que se haya dicho durante la mediación ni hacer ningún juicio de valor sobre el comportamiento de las partes en dicha ocasión. Se debe procurar que el informe sea escrito y redactado siguiendo un modelo.

Evolución de la mediación

1. La mediación es un fenómeno relativamente nuevo en la mayoría de los países europeos, por lo que los servicios de mediación aún han de conseguir que la acepten el conjunto de la sociedad y el sistema de justicia penal con el que habrán de colaborar estrechamente. Es de capital importancia desarrollar el respeto y la comprensión mutua. Y, en particular, hay que

demostrar que la mediación enriquece el procedimiento penal, y los servicios de mediación han de actuar con profesionalidad. Con dicho objeto cabría organizar contactos y consultas regulares entre dichos servicios y el sistema de justicia penal (ministerios de justicia, tribunales, ministerio público y policía) de modo que exista respeto y comprensión mutua.

2. La recomendación relativa a la investigación y la evaluación está íntimamente relacionada con la del apartado 33. La investigación debe tener por objeto principalmente el estudio de los métodos de descripción y análisis objetivos. Es importante para conocer realmente la mediación, y no figurarse que se la conoce. De lo contrario sería imposible describir y analizar válidamente en qué medida se utiliza la mediación así como sus resultados. La evaluación de los modelos de mediación existentes es indispensable para el desarrollo de este sector. Puesto que la mediación en materia penal aún está en sus inicios en la mayoría de los países europeos, se ha de investigar sobre ella en el marco del proceso de evaluación. Por consiguiente, este apartado recomienda que se promueva dicha investigación.