

LA MEDIACIÓN PENAL

PEDRO BUTRÓN BALIÑA

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Granada

Sobre el tema de la mediación penal, lo primero que tendríamos que preguntarnos es qué razones existen o mueven a los partidarios de la mediación para su implantación en el proceso penal, y sobre ello deberíamos distinguir entre razones de fondo y razones de índole institucional.

Respecto de estas últimas, habría que mencionar la Recomendación de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y, sobre todo, la Decisión Marco del Consejo Europeo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, donde se dispone que “los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”. Y más adelante añade que “velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”. Y tal como viene expuesto, considero que estaríamos más ante una recomendación que ante una obligación por parte de los Estados miembros.

Por otro lado, el Consejo General del Poder Judicial aprobó en noviembre de 2008 el Plan de Modernización de la Justicia, y entre las distintas medidas que propone el mencionado plan para agilizar la justicia se encuentra la mediación en el proceso penal. En la Hoja de Ruta para la aplicación del mencionado Plan, el Consejo promueve y autoriza que se lleven a cabo experiencias piloto en distintos Juzgados de España, algo que tiene lugar sin ningún tipo de cobertura legal, dicho sea de paso.

Y no sólo es llamativo el que haya determinados Juzgados que llevan a cabo experiencias de mediación penal, sino que también observamos cómo en determinadas Comunidades Autónomas se han creado y están funcionando Servicios de Mediación Penal (caso de País Vasco, Cataluña y Comunidad Valenciana), mientras que en la mayoría no existe nada de esto al respecto.

Desde el punto de vista de las razones de fondo, a las que también se refiere el Consejo General, se encuentran aquéllas que se ubican en lo que se ha venido a denominar “justicia restaurativa”, cuyos partidarios consideran que la

solución al conflicto generado por el hecho de carácter delictivo ha de venir de las propias partes del conflicto, de la víctima y del imputado¹.

Y aquí el repertorio de argumentos intentando defender esto de la justicia restaurativa es muy variado, y a título de ejemplo tenemos:

- Dotar de protagonismo directo a los implicados en el hecho delictivo
- Obtener la víctima una explicación por parte de su agresor
- Concienciar al imputado del hecho realizado
- Llegar a soluciones que no impliquen vencedores ni vencidos
- Reconstruir la paz social y minimizar la violencia estatal²
- Sustituir la respuesta penal deshumanizada por una solución basada en la comprensión y en la reparación...

Y podíamos seguir con argumentos de los juristas partidarios de la justicia restaurativa, pero si de verdad observamos la realidad que nos rodea y abordamos el tema con rigor, sin decir excesivos disparates, llegaremos a pensar que la verdadera razón de fondo no es otra que reducir el número de asuntos penales que acceden a nuestros órganos jurisdiccionales, con el consiguiente ahorro de costes. En definitiva, que, al margen de adornos varios, realmente se está pensando en la mediación como un mecanismo más de descongestión de un sobrecargado sistema de justicia penal. Y digo un mecanismo más porque ya desde hace bastantes años se recurrió a la conformidad del acusado como solución para aliviar el número de causas penales pendientes.

No criticamos que esa razón no sea suficiente por sí misma, sino que quienes defienden con fervor la implantación de la mediación penal, se olvidan de que la solución pasaría por un incremento de medios personales y materiales en el orden jurisdiccional penal, aunque hablar de esto hoy casi sería pecado, claro está.

Y si tenemos claro que la razón más importante para su implantación es de carácter utilitarista, es el momento de preguntarnos cuáles son las *dificultades* con las que se encontraría una posible regulación de la mediación en el proceso penal.

Esas dificultades podríamos analizarlas desde cuatro perspectivas distintas: por la propia caracterización de la mediación; por el objeto de la misma; por el ámbito objetivo en su aplicación; y por su encaje en el desarrollo del proceso penal. Al mismo tiempo que vayamos analizando las distintas dificultades

¹ RÍOS MARTÍN, “La mediación, instrumento de diálogo para la reducción de la violencia penal y penitenciaria”, *La Ley Penal*, núm.44, diciembre 2007, pág. 16.

² GONZÁLEZ CANO, “La mediación penal en España”, en AA. VV., BARONA VILAR (Dir.) *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009, págs. 21 y ss

iremos proponiendo soluciones para allanar el camino a su futura aprobación, si llegara el caso.

Desde el punto de vista de los *caracteres* de este mecanismo, habría que referirse a la voluntariedad, la flexibilidad y la gratuidad.

Para que un proceso penal derive hacia la mediación las partes han de mostrar su voluntad al respecto, es decir, la víctima y el imputado deben estar de acuerdo, y para ello habrá que informarles previamente del procedimiento mediador y de los efectos de un posible acuerdo, si éste se alcanzase. Por otro lado, un procedimiento mediador ha de ser flexible en los tiempos, algo que no se corresponde con el devenir de los procesos penales. No obstante, podrían fijarse plazos para que el mediador informase al Juez sobre su desarrollo. Y en cuanto a la gratuidad, parece que serían las Comunidades Autónomas las que correrían con los gastos que la mediación origine a través de sus Servicios de Mediación. Se supone que ello se sufragaría con lo que se ahorraría del desarrollo de un determinado número de asuntos penales.

Y sobre qué va a versar la mediación?...el acuerdo que se puede alcanzar es básicamente de carácter reparatorio, es decir, sobre la posible indemnización con la que compensar a la víctima. Aunque a ello bien podría unirse algún tipo de disculpa o arrepentimiento por parte del victimario, pero algo que resultaría cuando menos accesorio o accidental. Poco realista sería llegar a hablar de reparación en el plano afectivo y moral³.

Y es que, al margen de ese posible acuerdo, de la mediación en definitiva, ha de quedar la responsabilidad penal del imputado, por cuanto el *ius puniendi* corresponde al Estado y no cabe transigir sobre algo de lo que las partes no son titulares. Y que si esta razón se entendiese cuestionable, nos estaríamos planteando algo parecido a una conformidad encubierta, lo que carece de sentido.

No deberíamos olvidar una cuestión relevante llegado este punto, y es que si dejamos sentado que la reparación a la víctima básicamente es de carácter económico, ello podría generar desigualdades entre imputados según sus distintos recursos económicos. Dicho de otro modo, que el proceso penal se desarrollaría cuando el imputado no pueda hacer frente a la compensación económica, y la variante de la mediación penal entraría en escena en caso positivo. Creo que sería muy interesante reflexionar sobre esta cuestión y prestarle la debida atención.

Y desde el *ámbito objetivo* habría que fijar una serie de limitaciones a la viabilidad de la mediación en el proceso penal, y ello por razones de prudencia y por las referencias comparativas respecto de otros ordenamientos europeos.

³ Opinión mantenida por DURBÁN SICILIA, “Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, *La Ley Penal*, núm. 73, julio 2010, pág. 5.

Así, de entrada, debería excluirse la mediación en relación a delitos tipificados como graves, por el evidente desequilibrio entre víctima e imputado y por la necesidad del Estado del mantenimiento del orden social a través del *ius puniendi*. En este sentido, habría que tener como referencia el art. 19 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores del 2000, que limita el desistimiento del Ministerio Fiscal en la continuación del expediente por conciliación entre el menor y la víctima cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

Pero también dentro de los delitos menos graves habría que fijar una serie de criterios restrictivos⁴ y, sin ánimo de exhaustividad, podríamos exponer algunos de ellos:

- A pesar de ser menos graves, habría que excluir la mediación de delitos violentos, por la razón del desequilibrio inter partes ya expuesta. Además, en los delitos de violencia de género ya aparece excluida expresamente por el art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

- En la mayoría de los procesos por delitos sexuales también debería quedar excluida, puesto que la víctima normalmente sufre un estrés postraumático y el agresor algún tipo de patología⁵.

- En relación a los delitos de peligro abstracto, en los que no hay víctima concreta, como es el caso de los delitos contra la salud pública, tampoco debería ser viable la mediación penal. No tendría sentido buscar una víctima simbólica o ficticia, como por ejemplo las personas que sufren las secuelas de la toxicomanía, e intentar que el acuerdo, y qué acuerdo, pudiese alcanzarse con quienes no son víctimas directas del delito.

- Tampoco debería tener cabida en los procesos por delitos contra los derechos de los trabajadores, en los delitos cometidos por reincidentes, porque además de ineficaz resultaría perjudicial para el propio sistema, y cuando las víctimas sean menores o incapaces. En este último caso, los representantes legales y el Ministerio Fiscal serían quienes tendrían capacidad procesal, pero no hasta el punto de sustituir a la víctima del hecho delictivo.

Y en relación a los juicios de faltas, no habría problema para que pudiese tener lugar en la mayoría de ellos, aunque bien es cierto que hay determinadas faltas que deberían quedar excluidas de la mediación. Serían las faltas contra los intereses generales (arts. 629 a 632 del Código Penal) y las faltas contra el orden público (arts. 633 a 637 del Código Penal).

⁴ Criterios ya expuestos por GONZÁLEZ CANO, *op. cit.*, págs. 40 y ss.

⁵ GARCÍA TORRES, “La mediación penal. Especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares”, *La Ley Penal*, núm 73, julio 2010, págs. 19 y 20.

Visto la anterior, podemos observar que pueden llegar a existir importantes limitaciones de carácter objetivo, aunque también es verdad que existe un margen para la aplicación de la mediación en la denominada criminalidad de bagatela, principalmente en lo que se refiere a robos, hurtos, apropiaciones indebidas, estafas etc. Pero ese nivel de limitaciones conlleva el peligro de que la sociedad pueda entender como banalización el hecho de que sí existan una serie de hechos delictivos que pueden someterse a mediación, y de esa manera verse afectado el fin de prevención general.

Pero centrémonos a continuación en analizar su aplicación dentro del proceso penal, si quiera sea de forma resumida.

Si el proceso penal no se ha incoado, la mediación penal tendría bastante sentido respecto de los delitos y faltas que exigen la previa denuncia del ofendido, y por supuesto respecto de los delitos de carácter privado.

Si el proceso penal ya se ha incoado, corresponderá al Juez de Instrucción la derivación de la causa a mediación, y para ello necesitará un informe positivo del servicio de mediación sobre la viabilidad de la mismo, que a su vez requiere que hayan contactado con la víctima y el imputado en orden a apreciar su voluntad de someterse al procedimiento mediador.

Lo normal es que el Ministerio Fiscal otorgue su consentimiento para que el Juez derive la causa a mediación. Y para ello debería introducirse en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad reglada, tal y como está previsto en otros países de nuestro entorno europeo, como excepción al principio de legalidad, y que le permitiría desistir del ejercicio de la correspondiente acción penal. No obstante, si el Fiscal no otorga su consentimiento debería motivar esa decisión, siendo al Juez al que le correspondería la decisión última de acordar o no la derivación a mediación.

Y ¿quiénes van a estar presentes en el procedimiento de mediación? Ante el mediador profesional o servicio de mediación, estará el imputado asistido de su letrado o letrada, así como la víctima asistida también por su abogado. Resulta, no obstante, que en los procesos por delitos menos graves y en los juicios de faltas no es frecuente que se persone la víctima como acusación particular. Para solucionar este problema, podemos ofrecer dos soluciones: ofrecerle a la víctima la posibilidad de personarse en un determinado plazo para que pudiera tener lugar la mediación penal, o bien apostar por la presencia del Ministerio Fiscal en tanto que una de sus funciones básicas en el proceso penal es velar por los derechos de las víctimas. Solución algo forzada por cuanto el Fiscal no es el representante de la víctima ni su asesor.

Y ¿cómo se actúa desde el momento en que el Juez ha derivado la causa penal a mediación?. El mediador o el servicio de mediación llevará a cabo inicialmente una serie de entrevistas individuales tanto con la víctima como con el presunto infractor de carácter informativo, para después iniciar una serie de

encuentros de carácter dialogado. Si hay acuerdo éste se recogerá en un acta que será remitida al órgano jurisdiccional, y si no hay acuerdo se remitirá un informe a dicho órgano, respetándose la confidencialidad de lo hablado o tratado.

Una vez que el Juez y el Ministerio Fiscal quedan informados del contenido del acta que recoge el acuerdo, se procederá a citar al imputado y a la víctima a una comparecencia para ratificar lo acordado, y a partir de ahí se dictará auto de sobreseimiento provisional.

El órgano que debe controlar el cumplimiento del acuerdo bien podría ser el Ministerio Fiscal⁶. Ante un posible incumplimiento, solicitaría la reapertura de las actuaciones en la fase procesal donde el proceso se había suspendido. En caso de que el imputado cumpla íntegramente las obligaciones asumidas en el acuerdo, el Fiscal solicitará del órgano jurisdiccional que proceda a dictar el correspondiente auto de sobreseimiento libre.

En cuanto a los *efectos* de la mediación en el proceso penal, ésta debe configurarse como un mecanismo para eludir el desarrollo del proceso respecto de aquellos delitos que no superen un determinado umbral de pena (que bien podría estar entre dos y tres años de prisión), además de la mayoría de los juicios de faltas. Y para los demás delitos menos graves, que por su naturaleza sí que admitan la vía de la mediación, el efecto no debería ir más allá de la aplicación de la correspondiente atenuante respecto de la responsabilidad penal, ya sea la de reparación del daño o una nueva por haberse alcanzado un acuerdo. Esto sería el resultado de tener muy presente, como ya se ha expuesto anteriormente, los criterios de prudencia y del análisis comparativo de otros ordenamientos europeos.

Lo que no tiene sentido es configurar la mediación penal como la antesala de una conformidad encubierta, y ello por distintas razones. Entre ellas, que la finalidad principal de la mediación sería evitar el proceso penal; que si el acuerdo se extiende a la responsabilidad penal, el Ministerio Fiscal tendría que sumarse al mismo como mera comparanza⁷; y que si el Ministerio Fiscal está presente en la mediación que trata de encubrir una conformidad del acusado, para qué hemos tenido entonces que buscar a un mediador. No obstante, apuntar que experiencias de mediación penal llevadas a cabo en Comunidades como el País Vasco o la Valenciana han finalizado con una conformidad respecto del escrito de acusación en el que se solicitaba el mínimo legal de pena.

La mediación puede tener lugar en cualquier momento del proceso penal, aunque para ser realmente operativa tendría que desarrollarse durante la fase de instrucción para evitar el desarrollo del proceso penal. Eso sí, una vez dictada sentencia no debería permitirse, pues de lo contrario aparecería como un medio para no cumplir lo resuelto por un órgano jurisdiccional.

⁶ Así lo entiende GONZÁLEZ CANO, *op. cit.*, pág. 45.

Y finalmente, y a modo de reflexión, tendríamos que preguntarnos si con las limitaciones y dificultades expuestas anteriormente es recomendable introducir la mediación en el proceso penal. Creo que sólo un estudio riguroso desde el punto de vista jurídico y presupuestario nos aclararía si sería un mecanismo eficaz para contribuir a un mejor sistema de justicia penal, y no sólo para reducir el número de asuntos pendientes en dicho orden jurisdiccional.