

29/10/2015 14:53:36 | España . Mediación penal
Víctima y mediación penal

Joana Ruiz Sierra.Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

La mediación penal ha tenido hasta la fecha escasa relevancia y posibilidades de practicarse. Sin embargo, hoy, amparada por la legislación internacional y en menor medida nacional, su admisibilidad no debería ser un obstáculo.

1. Introducción

Como decía el insigne jurista alemán Radbruch (1956)[1] debemos “dar a nuestra sociedad no un mejor derecho penal, sino algo mejor que el derecho penal.”

Desde finales del siglo XX, se alzan distintas voces doctrinales que postulan la necesidad de superar, ampliar o complementar el sistema judicial penal español, regido por el principio de legalidad y de justicia retributiva. En este sistema, los poderes públicos están obligados a actuar procesalmente cuando tienen noticia de la comisión de unos hechos delictivos, además de estar fundados en la pena y en el castigo al culpable, se pretende incluir lo que se conoce como justicia restaurativa (Subijana Zunzunegui, 2013)[2], ésta desarrolla una función de prevención, apuesta por una mayor atención a las víctimas, por espacios de comunicación entre víctima y victimario, y se rige en su caso, por el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.

El presente trabajo, por un lado, pone en evidencia que España es uno de los pocos países europeos que carece de regulación de la mediación penal de adultos, y por otro lado, el escaso protagonismo de las víctimas del delito en el derecho penal y en el derecho procesal penal.

Cierto es, que tras la promulgación de nuestra Constitución, con el ejercicio exclusivo por el Estado del ius puniendi y los principios y garantías penales elevados a rango constitucional, han determinado que la mediación penal tuviera y tenga escasa relevancia y posibilidades de practicarse[3]. Aun así, hoy amparada por la legislación internacional y en menor medida nacional, no debe ser un obstáculo su admisibilidad, sin que ello suponga un abandono de dichos principios y garantías sino como un camino más.

En definitiva, víctima y mediación penal de adultos en España su presente, y su futuro, sin incluir la violencia de género que participa de unos intereses y problemática propia.

2. Marco legal: europeo y nacional

La mediación penal en el derecho español, carece de normativa, ello pese a que en el ámbito de la Unión Europea, primero, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal[4] como, segundo, la reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos[5], que sustituye a la anterior, han marcado y marcan una serie de pautas para la implantación de la justicia restaurativa en los países integrantes de la Unión Europea.

La citada Decisión Marco ya establecía en sus arts. 10 y 17: ..."Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpaado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006". Sin embargo, el Estado español ha pospuesto la introducción de esta figura en nuestra legislación, a salvo la delincuencia juvenil. Las razones[6] según la respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004 porque "se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma". Destacar de esta declaración que ya anuncia la necesidad de una reforma legislativa alrededor de la Ley Enjuiciamiento Criminal, y los aspectos a regular: los tipos penales mediabiles, selección y formación de los mediadores y efectos jurídicos de los acuerdos.

La Directiva obliga a los Estados de la Unión Europea a adoptar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria, para garantizar que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a dichos servicios, fijando el 16 de noviembre de 2015 (art. 27) como fecha última para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias. Dando respuesta a esta exigencia acaba de entrar en vigor el Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015[7], publicada el pasado 27 de abril.

El primer intento de regulación de la mediación penal en España fue el anteproyecto de Código Procesal Penal presentado por el entonces Ministro de Justicia Sr. Caamaño, poco antes de que se convocaran las elecciones. Tras el cambio de gobierno, se retoma la necesidad de modificar y adaptar a los nuevos tiempos nuestra ley procesal de 1882, culminando con el actual anteproyecto de ley orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2 de marzo de 2012[8]. Este anteproyecto incluye a la mediación penal y el pasado 12 de enero de 2015, fue informado favorablemente por el Consejo General del Poder Judicial, que nada ha añadido a la regulación de la institución que nos ocupa. Los arts. 143 a 146 del anteproyecto prevén la introducción de la institución de la mediación penal como forma de solución voluntaria del conflicto entre el infractor y la víctima. En su exposición de motivos indica que su regulación obedece a obligaciones internacionales contraídas por España como también a una necesidad sentida y reclamada por la práctica. Esa sucinta regulación hace necesario su desarrollo normativo posterior, llama la atención que no existe límite en cuanto al tipo de delitos que pueden ser sometidos a mediación, y en la exposición de motivos con una perspectiva más amplia que la simple mediación, se enuncia expresamente que el modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional, que supone únicamente la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, o sin repercusión alguna.

En el último apartado del presente trabajo se volverá a tratar este anteproyecto, tras el examen de la situación actual y las tímidas concesiones a la justicia restaurativa.

3. Las víctimas

3.1. Concepto de víctima

Resulta una labor harto complicada dar un concepto de víctima. En las Naciones Unidas se llegan a reconocer hasta cinco categorías diferentes[9]. Centrándome en las víctimas del delito, su concepto surge vinculado al mismo y en contraposición al autor del hecho, al delincuente.

En España el Estatuto de la víctima[10] en su art. 2 nos ofrece un concepto general que se acerca al de perjudicado y diferencia víctimas directas de las indirectas. Literalmente el mencionado artículo dispone:

“Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratara de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.”

Por lo que podemos concluir que el Estatuto de la víctima, incluye solo a las víctimas del delito personas físicas, sean sujeto pasivo o perjudicado por el delito, diferenciando siguiendo a nuestra jurisprudencia para el caso de fallecimiento, a las víctimas indirectas (familia y asimilados) de las directas.

3.2. Víctima y proceso penal

Desde punto de vista procesal, España se basa todavía en un sistema retributivo, donde el castigo de los infractores lo es a través de la pena, usualmente, privación de libertad, impuesta por el juez y tras el desarrollo del proceso, donde la víctima no encuentra un acomodo fácil ni satisfactorio. Es el aparato jurídico penal del Estado, la conocida como victimización secundaria y que puede ser más o tan negativa como la victimización primaria, la causada por el delito.

Se le invitaba a denunciar, pero tras ello no se le informaba del desarrollo del proceso, incluso se podía poner fin a la causa sin haber tenido la oportunidad de llegar a conocer lo sucedido, excepto si se constituía en parte acusadora. A paliar dicha situación se han introducido en el Estatuto de la Víctima, derechos como la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo, y el derecho a

impugnarlas dentro de un plazo de tiempo suficiente a partir de su comunicación personal, ello con total independencia de estar personada o no en la causa.

En la mayoría de los casos es la principal y a veces única prueba de cargo para esclarecer el hecho delictivo y destruir la presunción de inocencia del imputado, por ello sufre las incomodidades derivadas de su participación en el proceso, cuyo procedimiento desconoce, debiendo acudir a citaciones y declaraciones policiales, judiciales de investigación y de enjuiciamiento, con el coste emocional, laboral y económico que ello conlleva. Para evitar dicha victimización secundaria el Estatuto de la víctima determina que la declaración de la víctima lo sea sin demora tras la denuncia, reducir el número de declaraciones y reconocimientos médicos. Garantizar a la víctima su derecho a hacerse acompañar no solo de sus representantes procesales también de otra persona de su elección, salvo resolución motivada en contrario. Desde el punto de vista económico, el art. 14 de la Ley reconoce a la víctima que haya participado en el proceso el derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado, con una importante modificación, con preferencia a los gastos del Estado, cuando se impongan en la sentencia de condena y se hubiere condenado al acusado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el Ministerio Fiscal no hubiere formulado acusación o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima.

Otras pequeñas quebras o concesiones de este sistema hacia la justicia restaurativa, donde se tiene en consideración a la víctima, a su reparación, y donde aparentemente hay una cierta disposición del proceso. Son:

1. Atenuante art. 21.5 Código Penal. Reparación daño

La atenuante genérica del art. 21.5 Código Penal (CP) en relación con el art. 66 CP. Dice textualmente dicha atenuante: "La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral."

Dos son sus requisitos:

– Objetivo o reparación del daño, siendo indiferente su móvil (un fin resocializador de disminuir el daño causado o el pragmático de obtener una reducción en la pena). Los principios de la victimología (rama de la criminología) y la necesidad de disminuir los efectos negativos del delito sobre la víctima subyacen en esta atenuante. La reparación no exige que sea económica, puede consistir en volver a la situación anterior al acto delictivo o disminuir los efectos del delito.

– Temporal, en cualquier momento antes de la celebración del juicio oral. Si se produce en este período cabría admitir una atenuante por analogía del art. 21.7 del Código Penal.

No se reconoce un poder de disposición de la víctima sobre el procedimiento penal, si bien, supone una rebaja de la pena para el infractor, desde su mitad inferior hasta la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, dependiendo si concurre una o varias atenuantes muy calificadas (art. 66.1, 1ª, 2ª y 7ª del Código Penal).

De lege ferenda y ante la ausencia de una regulación específica, cabría que la mediación con acuerdo y

que se realizara antes del juicio se incardinarse en esta atenuante, e incluso valorar el dato de haber querido el infractor la mediación y no así la víctima[11].

También hay que mencionar los tipos de la parte especial del Código Penal donde la reparación a la víctima es una atenuante específica: delitos sobre ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y ss. CP); sobre el patrimonio histórico (arts. 321 y ss.); contra los recursos naturales y medio ambiente (arts. 325 y ss. CP) y protección de la flora y fauna (art. 332 y ss. CP), para los cuales el art. 340 CP ha previsto que si el culpable hubiese procedido voluntariamente a reparar el daño causado, se le impondrá la pena inferior en grado. El art. 214 del Código Penal cuando el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, se impone la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la inhabilitación.

2. El perdón de la víctima

Supuestos que a pesar de concurrir una ejecución culpable (en sentido amplio de dolo y culpa), un acto típico, antijurídico y punible, el sujeto no es penado porque se ha extinguido la acción penal. El art. 130 apartado 5ª del Código Penal, se regula el perdón del ofendido. A primera vista parecería que se da entrada al principio de disposición al menos para los delitos leves, para el resto de tipos penales graves y menos graves se condiciona la eficacia extintiva del perdón a “cuando la Ley así lo prevea”. El perdón debe ser expreso, antes de dictarse la sentencia y a presencia judicial. Y provoca el fin del procedimiento incluso para los que ejerciten acciones civiles.

3. Los indultos

Es un acto de gracia a los condenados por una sentencia penal firme, que otorga el Rey, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros. Tiene como efecto la extinción de la responsabilidad penal, pero no sus efectos.

Puede solicitarlo el mismo penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder de representación. Es precisamente en esta última posibilidad donde la víctima puede intervenir solicitando el indulto de su victimario.

Una vez más y de lege ferenda, la mediación podría facilitar al juez la concesión de este tipo de suspensión del art. 4.4 del Código Penal así como para emitir un informe favorable de cara a la concesión de indulto.

4. La conciliación penal

Los delitos de calumnia e injuria contra particulares, participan de una naturaleza ambigua entre el ilícito civil y penal, ello se traduce en ser delitos de carácter privado, perseguibles por querrela del perjudicado y en un procedimiento especial. Se inicia (y es el único supuesto que se conoce en nuestro derecho) por un acto de conciliación, arts. 804 a 815 de la ley de enjuiciamiento criminal. Las partes pueden llegar a un acuerdo que será recogido por el juez mediante auto, siendo ya innecesario acudir a la vía penal, o en caso contrario, tenerla por intentada sin avenencia.

5. La perseguibilidad

Son aquellos hechos delictivos que para ser perseguidos desde punto de vista judicial, es necesario que la parte legitimada, la víctima en sentido amplio, ponga en marcha toda la maquinaria judicial por una querrela (delitos privados), o por una denuncia si son delitos semipúblicos. Es un claro instrumento a la actuación de los tribunales.

6. Ejecución sentencia

En la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, la conducta posterior al hecho delictivo por el penado, en concreto su esfuerzo para reparar el daño causado, es objeto de valoración por el Juez.

El Estatuto de la víctima en su art. 13, posibilita la intervención de la víctima en esta materia, prevé que se facilite a la misma cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afectan al régimen de cumplimiento de condenas por delitos graves. Se le permite que facilite información que pueda ser relevante para que el órgano judicial resuelva sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso ya acordados, y solicitar medidas de control con relación a los liberados condicionales que hubieren sido condenados por hechos que pueda derivarse una situación de peligro para la víctima.

La reparación del daño o literalmente, haber satisfecho las responsabilidades civiles, es una condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena conforme al art. 80.2.3ª del Código Penal.

De lege ferenda cabría que una vez celebrado el juicio y establecida la condena, la mediación pudiera surtir sus efectos en el ámbito de la suspensión de la ejecución, tanto por entender asumido el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles o, para que el juez acuerde las garantías que considere convenientes para asegurar ese cumplimiento, segundo párrafo del art. 80.2.3ª del Código Penal. Caso de ser la persona condenada drogodependiente por aplicación del art. 80.5 del Código Penal el sometimiento de ésta al proceso de mediación puede servir al juzgador para valorar su voluntad de cambio.

En general en materia penitenciaria la mediación puede ser una herramienta o instrumento útil en orden a la progresión de grado o a la clasificación inicial del tercer grado, a la concesión de permisos de salida, a la exclusión o no del periodo de seguridad del art. 36.2 del Código Penal.

7. La suspensión de la pena

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modificó el art. 84:

“1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.”

Se prevé por tanto que los acuerdos alcanzados en mediación puedan condicionar la suspensión de la pena, permitiendo por ejemplo la no entrada en prisión, con ello se refuerza y garantiza el

cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación, evitando que se acuda a la mediación sin intención de cumplir lo pactado.

Ahora bien, permítaseme una crítica a esta positiva reforma cual es que se regula un efecto de la mediación sin que se haya regulado ésta.

8. La conformidad. Proceso por aceptación de decreto

Institución de derecho procesal cuya regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es dispersa y fragmentaria. Es el epicentro de la discusión entre el principio de legalidad versus principio de oportunidad. Y aunque pudiera pensarse que es una figura cercana a la mediación, por cuanto el acusado se muestra de acuerdo con la pretensión penal (hechos, calificación jurídica y pena) promovida por la acusación, ello no es producto de un acercamiento-diálogo víctima-delincuente, es una negociación entre el ministerio fiscal y la defensa, y en su caso, la acusación particular, la víctima queda prácticamente al margen de la conformidad y ésta puede suponer una quiebra de sus expectativas en la justicia.

Para acabar este punto la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, introduce el conocido como proceso por aceptación de decreto, o procedimiento monitorio penal (art. 803 bis a 803 bis j) que permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos, y el encausado da su conformidad, pero una vez más se prescinde de la víctima, por cuanto uno de sus requisitos es no estar personada acusación particular o popular.

9. Principio de oportunidad

Se introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 1/2015 de modificación del Código Penal, para los delitos leves, en concreto para aquellas conductas que aún resultando típicas no tienen una gravedad que justifique la apertura del proceso y la imposición de una sanción penal, permitiendo a los jueces a petición del Ministerio Fiscal, valorando la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos. Pero una vez más no se da entrada expresa al perjudicado.

4. Víctima y mediación penal: de lege ferenda

Inicio este apartado, siguiendo lo expuesto en el anteproyecto de la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal[12] y en las distintas experiencias piloto[13] llevadas a cabo por el Consejo General del Poder Judicial. A través de este último, desde la inicial en el año 1993 en Valencia hasta hoy, en las distintas Comunidades Autónomas. Estos esfuerzos de los órganos judiciales para dar entrada a la mediación, se han desarrollado dado el vacío legal, dentro de un sistema penal rígido, sin habilitación legal, espaciando tiempos de señalamiento, buscando suspensiones y transformando procedimientos urgentes en menos urgentes, donde la acusación penal dependa de la víctima o el perdón de ésta pueda neutralizar la acción penal[14].

Cervelló Donderis (2013)[15] opina que estos programas han sido y son muy variados, si bien concluye que los asuntos mediados son al final del mismo tipo de delitos, generalmente conflictos familiares o vecinales, de poca importancia o faltas. La razón, ser situaciones en las que es preferente reducir la agresividad y conflictividad con el fin de mantener las relaciones personales.

En el anteproyecto se contiene una definición y unas notas básicas, así como una remisión amplia a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Define la mediación penal, como el procedimiento de solución del conflicto, entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en que el tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo (art. 143). No hay que perder de vista que ese dialogo busca un acuerdo que resuelva el conflicto, ello supone que la víctima sea reparada y que el infractor asuma su responsabilidad.

Sus principales características:

- Es el ministerio fiscal quien comunica a la víctima, directamente o a través de la oficina de atención a las mismas, el deseo del infractor de someter el conflicto a mediación. Ello siempre que el ministerio público no lo considere inadecuado por razón de la naturaleza del hecho.
- El mediador o la institución de mediación comunicarán al fiscal el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado.
- Cuando el fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal, si lo considera oportuno, podrá suspender las diligencias de investigación mediante decreto.
- El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.
- La mediación penal será siempre gratuita.

De dicha regulación se puede extraer que se está pensando en una mediación intrajudicial, para delitos y faltas que permitan un diálogo entre sus protagonistas, víctima y victimario. El propio art. 145 permite al ministerio público, si lo cree oportuno, acordar la suspensión de las diligencias de investigación.

En cuanto a los actores, se apuesta como intérprete principal en la dirección de la mediación penal por el ministerio fiscal. En la situación actual y en la mayoría de las experiencias pilotos llevadas a cabo en España, quién ha decidido si procede o no la mediación, ha sido el juez, derivándolo, tras oír a las partes, hacia el equipo de mediación o al mediador. En los países de nuestro entorno se encomienda, como en el anteproyecto, al ministerio público, incluso a la policía en el Reino Unido. Conviene hacer una puntualización, este anteproyecto pretende que la instrucción sea realizada por el ministerio público.

El ministerio fiscal seleccionará los casos que pueden salir del ámbito propio de la investigación criminal, si lo considera adecuado por la naturaleza de los hechos. Ello deberá obedecer en mi opinión: primero, al ámbito de aplicación de la mediación penal; segundo, a constar una situación de esclarecimiento de los hechos junto a una voluntad del infractor de someterse a mediación, lo que supone indiciariamente una asunción de su responsabilidad en los hechos; y tercero, una correcta información para la víctima y su voluntad de mediar el conflicto.

Detengámonos en el ámbito de aplicación. El anteproyecto nada dice, simplemente esa adecuación citada. La decisión Marco y posteriormente la Directiva europea dejan libertad a los estados miembros sobre qué tipos de delitos o/y faltas puedan ser sometidas a mediación. Únicamente en España, está vedada la mediación en los delitos de violencia de género, art. 44.5 de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, consecuentemente, el art. 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Siguiendo Echano Basaldua (2013)[16], la mayoría de los autores se muestran de acuerdo en que el ámbito de aplicación más apropiado es el de las faltas, hoy tras su despenalización, serán los delitos leves (sancionados con penas leves art. 33.4 del Código Penal) y los delitos de penas menos graves (hasta 5 años art. 33.3 del Código Penal) y, que son más fáciles los acuerdos en los delitos de carácter patrimonial que en los violentos. Los supuestos más debatidos son, los delitos de peligro abstracto, los delitos sin víctima personalizada y los delitos graves, incluido los del terrorismo.

En cuanto al resultado de dicha mediación, puede acabar con acuerdo o sin él. Obviamente si no hay acuerdo se alzaría la suspensión y continuaría la investigación. Si se logra un acuerdo el art. 146 del anteproyecto dispone en primer lugar que ni el ministerio fiscal ni los tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, para seguidamente añadir sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza. La normativa europea deja igualmente libertad a la hora de tomar en consideración los acuerdos entre la víctima y el inculpado (así el antiguo art. 10 de la Decisión Marco de 2001 y la Directiva de 2012 art. 12). Por ello, a pesar de que la redacción del citado precepto a primera vista deja poco margen de discrecionalidad al ministerio público o a los tribunales, en aras del interés de la justicia cabría acordar el archivo o sobreseimiento de la causa, o seleccionar la pena o medida de seguridad más acorde a las circunstancias del hecho y del reo, o atenuar su responsabilidad, e incluso la suspensión de la pena. Para la víctima el acuerdo debería suponer, según la exposición de motivos, la obtención de una explicación del hecho, la petición de perdón y/o una pronta reparación.

Para finalizar este apartado, el Estatuto de la víctima de delitos, incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de ésta y el previo reconocimiento de los hechos esenciales y de su responsabilidad por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedara? excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

5. Conclusiones

El reconocimiento más que positivo de la función protectora y preventiva del sistema penal, el monopolio del ejercicio de la justicia por parte del estado como superación de la justicia privada, no debe impedir una mirada crítica y una reflexión hacia otras vías de solución de conflictos, para intentar dar respuesta a todas las necesidades de los protagonistas del proceso penal: víctima, victimario y finalmente sociedad. Si aceptamos que el fenómeno delictivo es algo más que imponer y ejecutar una pena, es el momento de dar cabida a la justicia restaurativa y a uno de sus instrumentos: la mediación penal.

Diálogo, perdón, rehabilitación, compensación y composición justa del conflicto, cohesión social del

agresor, mayor satisfacción de la víctima, menor reincidencia del agresor, mayor componente humano, menor judicialización,... en definitiva devolver la confianza de los ciudadanos en la justicia penal.

Pero, ¿cuál es la realidad de la mediación penal en nuestro derecho? Del Moral García (2010)[17] afirma: reconocimiento legal respecto de la responsabilidad penal de los menores, anomia en el proceso penal de adultos y prohibición en lo relativo a la violencia de género.

El futuro. El futuro a la vista de las disposiciones que se están tramitando, dan entrada a la mediación penal, si bien habrá que esperar a su publicación y a su desarrollo normativo para tener certeza sobre qué modelo procesal penal se dibuja. Indiciariamente, de la exposición de motivos del anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal y de sus pocos artículos, la mediación que se regula es intrajudicial, sistema compatible y complementario del modelo procesal (no alternativo), desarrollado por personas o instituciones independiente del poder judicial, obviamente con una metodología diferente, donde se han condicionado sus efectos pero no su ámbito de aplicación, a salvo, la violencia de género. En mi opinión es una visión estrecha de la mediación y de sus posibilidades, es cierto que la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad, limitan enormemente su aplicación, pero creo que se puede apostar por soluciones del conflicto pre-procesales, dando entrada al principio de oportunidad, sin que ello suponga una vuelta a la a la justicia privada, manteniéndose el control judicial o del ministerio fiscal, pensando en las pequeñas infracciones; así como, la mediación en materia de ejecución de sentencias, antes o durante la ejecución de la pena impuesta, y ello no solo desde la perspectiva del condenado también de la víctima, de la reconciliación y de la paz social, de la necesaria convivencia cuando la agresión delictiva se ha ocasionado en el ámbito familiar, vecinal o en los gravísimos actos de terrorismo. En definitiva, una mayor humanización y diálogo entre los protagonistas del sistema procesal.

[1] Radbruch, G., Rechtsphilosophie. 5ª Edition. Stuttgart, 1956, pág. 269.

[2] Véase a Subijana Zunzunegui, I.J., “El significado innovador y la viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro Ordenamiento Jurídico”, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 9, 2013, págs. 21-58, que añade a la justicia restaurativa, la justicia terapéutica y la justicia procedimental.

[3] Para una mejor comprensión de nuestro sistema penal, sobre los principios penales y garantías constitucionales véase a Barona Vilar, S., Solución extrajudicial de conflictos, Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 287-309 y Quintero Olivares, G., Derecho Penal Parte General. Barcelona: Graficas Signo, 1986, págs. 58-110.

[4] (Verificado el 15.08.2015) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001F0220>

[5] (Verificado el 15.03.2015) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:L:2012:315:TOC>

[6] Montero Hernanz, T. “La mediación penal en España”, Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA), núm. 868, 2013, pág. 8.

[7] Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2015. Entrara en vigor a los seis meses de su publicación, disposición final sexta. (Verificado el 15.08.2015) <https://www.boe.es/boe/dias/2015/04/28/>

8 (Verificado el 3.08.2015) <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales>

[9] Véase a Fernández de Casadevante Romaní, C., "Las víctimas y el Derecho Internacional", Anuario Español de Derecho Internacional (AEDI), XXV 2009, pág. 11. El citado autor sobre la base de la normativa de las Naciones Unidas menciona como víctimas, las de los delitos, las del abuso de poder, las de las desapariciones forzadas, las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario.

[10] Op. cit. pág. 3.

[11] Martínez Perza, C., "La mediación en el ámbito penal". www.icauelva.es/ArticulosDoctrinales/MediacionPenal.pdf (verificado 10/01/2015)

[12] Op. cit. pág. 3.

[13] Véase sobre estas iniciales experiencias pilotos: en el País Vasco a Etxebarria Zarrabeitia, X., "Las Administraciones Públicas y la mediación penal". Cuadernos Digitales de Formación nº 21 La mediación penal CGPJ, 2008: págs. 1-11, y en Valencia, op. cit, pág. 2. Barona Vilar, S., págs. 300 a 302.

[14] Guardiola Garcia, J., Módulo III. Marco legal de la Mediación Penal. Valencia: Alfa Delta Digital, 2014, págs. 84.

[15] Cerverlló Donderis, M. V., Módulo IV. Características de la Mediación Penal. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013, págs. 51-87.

[16] Echano Basaldua, J.I., "Mediación penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción", Cuadernos penales José María Lidón, núm. 9, 2013, págs. 157-204.

[17] Del Moral Garcia, A., La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias, Netbiblo, Madrid, 2010, págs. 49-69.