

## ESTADO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA *STATUS OF CRIMINAL MEDIATION IN SPAIN*

RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES  
Universidad de Santiago de Compostela, España  
raquel.castillejo@usc.es – raquelciarcus@gmail.com

### RESUMEN:

En España la justicia penal es retributiva, poniéndose el acento sobre el crimen y su castigo. No obstante, han avanzado corrientes que tienden a introducir una justicia restaurativa a través del procedimiento de mediación. Durante años, la mediación únicamente se reconocía en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, contemplándola con finalidad educativa y resocializadora. Será posteriormente, para el ámbito de adultos a través de la experiencia piloto impulsada por el Consejo General del Poder Judicial desde el año 2005. Hoy, es una realidad que ha venido para quedarse.

#### **Palabras clave:**

Justicia restaurativa, mediación, víctima, victimario.

### **ABSTRACT:**

*In Spain, the criminal justice is retributive, putting the accent on the crime and its punishment. However, they have advanced currents, which tend to introduce a restorative justice through the mediation procedure. For years, mediation was only recognized in the organic law 5/2000 of 12 January, criminal responsibility of minors, contemplating her resocializadora and educational purposes. It will be later, for the field of adults through the pilot project promoted by the General Council of the judiciary since 2005. Today, it is a reality has come to stay.*

#### **Keywords:**

*Restorative justice, mediation, victim, perpetrator.*

### I. JUSTICIA RESTAURATIVA

Hasta ahora, en España únicamente a través del proceso judicial se han podido resolver los conflictos, pero en la actualidad se ha revelado insuficiente

para todos los que se le presentan. Con el paso del tiempo crece la convicción de fracaso del sistema penal ortodoxo, en cuanto a que las penas reduzcan la criminalidad. Es por ello que se ha abierto paso a otras ideas que han dado lugar a una profunda revisión de la mentalidad tradicional sobre cuál sea la función del sistema penal, y los modos de afrontar las situaciones creadas por los delitos. Por tal razón se hace necesario acudir a otros mecanismos alternativos al proceso que sirvan para la solución de los conflictos jurídicos.

En efecto, aunque el Poder Judicial tenga el monopolio del enjuiciamiento y fallo de los conflictos, resulta obvio que no es el único modo de resolverlos, hay otros que sirven también para actuar la tutela jurídica, pues junto a los modelos en los que existe una posición protagonista de los órganos del Estado en la resolución de los conflictos, tiene perfecta cabida, en el Estado de Derecho, un ámbito de resolución de controversias en el que no tiene que intervenir necesariamente un órgano del Estado. Esto no deslegitima en absoluto la función estatal, y en concreto la actuación del Poder Judicial para la resolución de conflictos, como potestad derivada de la soberanía del Estado y como servicio público de tutela judicial al ciudadano.

En este marco, se abren paso, corrientes como la incorporación de la víctima a la teoría del delito y a la política criminal, dando nacimiento a la victimodogmática y a la victimología. Con estas corrientes se viene exigiendo la introducción de la mediación en el proceso penal. Así en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, se imponen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Si avanzamos en el modelo de justicia clásico, observaremos como se trata, primero, desde la práctica, después desde la legislación, de que no tenga lugar el juicio penal sobre el fondo de la acusación; ejemplo de ello es el proceso de aceptación por decreto. Esto explica que se hayan desarrollado tres clases de justicia. Por un lado, la justicia alternativa, la cual provoca la excepción más clara al principio de legalidad penal al comienzo del proceso penal. El modelo clásico es el alemán con iniciativa del Ministerio Fiscal y con un principio de oportunidad reglado ante delitos de bagatela o de importancia insignificante y ausencia de interés en la persecución.

Por otro cabe destacar la justicia negociada, la que representa el desarrollo más espectacular en la evitación del juicio una vez iniciado el proceso penal. Un reflejo de ella es la conformidad española.

Por último, la justicia restaurativa, considerada como una tercera vía, en cuanto se halla entre el modelo de justicia retributiva y el de justicia rehabilitadora dirigida a la readaptación. Recordemos a este respecto que la justicia retributiva pone el acento sobre el crimen y su castigo. Por su parte, la justicia rehabilitadora se concentra en la recuperación y la reintegración del delincuente.

Frente a ellas, la justicia restaurativa se interesa por el crimen, pero lo define como un problema de orden interrelacional. A esta última nos referiremos a continuación, en cuanto el procedimiento de mediación cabe considerarlo su máximo exponente.

## II. LAS ADR. LA MEDIACIÓN

La mediación se integra en el contexto de los mecanismos de solución de conflictos alternativos al proceso judicial, a los que se ha venido denominando ADR, aunque no por ello son opuestos a aquél o no pueden insertarse dentro, estos, realizarse de manera intrajudicial.

La denominación ADR engloba a las distintas vías o técnicas que vienen siendo habitualmente utilizadas en la sociedad americana para resolver cuantas cuestiones no pretenden ser abordadas por los tribunales. Sin embargo, en este último tiempo, ha cambiado el término alternativas por adecuadas o complementarias, en gran medida porque la alternatividad no siempre responde a la verdadera naturaleza de la técnica o medio empleado.

Y como tal, no sirven tan solo como métodos alternativos frente a los procesos judiciales, sino complementarios o adecuados respecto de los procedimientos jurisdiccionales, pues en ocasiones los métodos aplicados en las ADR se adaptan mejor al conflicto concreto que se las somete.

De tal modo que existen algunos conflictos sociales que dada su complejidad no resultan aptos para ser resueltos adecuada y eficazmente a través de los instrumentos clásicos de resolución de conflictos, como es el proceso. Para éstos se requiere una metodología específica basada en el trabajo conjunto de diversas disciplinas, pues el tratamiento legal incide básicamente en parte del problema, pero no en su totalidad. El tratamiento del problema en el proceso judicial se centra en el hecho enjuiciado que obvia las circunstancias de los sujetos encausados, por tanto deja de lado, sobre todo en el campo penal, cuestiones tales como la solución del conflicto entre las partes implicadas, para que, por un lado, la víctima logre asumir lo que ha ocurrido, entenderlo, perder, si no total, sí al menos parte del miedo y otras emociones que se le han podido generar; por otro, que el victimario se haga consciente del daño causado con su conducta y llegue a asumir la responsabilidad de la misma.

Como ya pusimos de manifiesto, la evolución de la situación del sujeto pasivo en el entramado de la administración de justicia revela que el paso de un Derecho Penal de inspiración eminentemente retributiva, a otro basado en la prevención, no supuso un cambio cualitativo en lo que a la víctima se refiere. Por el contrario, la tendencia resocializadora del victimario centró nuevamente el interés analítico en el sujeto activo del delito y fortaleció la orientación de cara al autor del Derecho Penal material. Esto es así en el aspecto sustantivo en lo que respecta a la vertiente procesal. Es necesario subrayar que la tradicional recuperación del proceso penal por los derechos de defensa del acusado/imputado supuso un paulatino desplazamiento de los derechos de la víctima a un segundo plano. Así, a juicio de García-Pablos de Molina, la víctima ha padecido un secular y deliberado abandono que no ha sido subsanado con el denominado Estado social de Derecho.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 69.

Más allá de esta tendencia de la administración de justicia, el interés en torno a la figura de la víctima emergió con fuerza en la década de los años cincuenta del siglo pasado, materializado en una nueva disciplina: la Victimología, que aparece como uno de los pilares fundamentales en la eclosión de la justicia restaurativa. Desde esta nueva concepción de la justicia, la víctima, centro de atención tanto del ámbito científico de la mediación como del legislador internacional, es exhortada a tomar parte activa en la resolución de su propio conflicto.

Al respecto recordar la Recomendación número Rec (2006) Del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 14 de junio de 2006, dirigida a los Estados miembros sobre la asistencia a las víctimas de las infracciones, que en el punto 13 de su Anexo recoge lo siguiente:

13.2 El interés de las víctimas deberá ser considerado en su globalidad y con prudencia en el momento de la toma de la decisión de una mediación, así como durante el proceso de mediación. Sería conveniente tener en cuenta debidamente no sólo los beneficios potenciales sino también los riesgos potenciales para la víctima. 13.3 En el caso donde la mediación ha sido considerada, los Estados deberán alentar la adopción de normas claras para proteger los intereses de las víctimas. Estas normas deberán referirse especialmente a la capacidad de las partes a dar su libre consentimiento, sobre las cuestiones de confidencialidad, sobre el acceso a una fuente independiente de información, sobre la posibilidad de retirarse del procedimiento en cualquier momento y sobre la competencia de los mediadores.<sup>2</sup>

En definitiva, con relación a la víctima cabe identificar tres objetivos que van destinados a la integral reparación del daño sufrido. Se trata de la reparación o resarcimiento del daño, de la recuperación del sentimiento de seguridad y, finalmente, de la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido en calidad de testigo.

Por otro lado, por lo que respecta al victimario, en aras a la retribución del daño ocasionado a la sociedad se han desatendido los fines de reinserción y rehabilitación del victimario. En contraposición, la mediación penal coloca al victimario ante las consecuencias reales de sus hechos, ante los sentimientos y perturbaciones que su conducta ha ocasionado en una persona real, lo cual favorece una responsabilización genuina por la conducta infractora. Se le da la posibilidad de obtener una rehabilitación real, así como la oportunidad de entender el verdadero alcance del delito. Participa activamente y de manera conjunta con la víctima en la definición de la indemnización o en el modo de restauración del mal ocasionado a esta última, lo que nuevamente incide sobre la rehabilitación.

En definitiva, con relación al victimario se persigue su responsabilización por la conducta infractora, la reparación a través de la aplicación de la pena correspondiente, así como de medidas alternativas que sirvan para dar solución a su conducta infractora. Y, por último, una actitud más positiva hacia el sistema represivo que significa el sistema penal.

<sup>2</sup> En <https://es.slideshare.net/mariadaza3958/recomendacin-2006-8-ct-mtros-consejo-de-europa-traduccion>.

Pero no solo la víctima y el victimario obtienen beneficios, sino la sociedad en general que recobra la confianza en la justicia cuando es consciente de que tanto la víctima como el victimario han obtenido una respuesta satisfactoria a su conflicto.

A la persecución de ese fin, al tratamiento integral del conflicto, surge la mediación, como instrumento auxiliar de la justicia con una metodología adaptada a dar una mejor y más apta respuesta a determinados litigios.

Todo ello no obsta a que también se hallen inconvenientes a la implementación de la mediación en el proceso penal. Así, por un lado, se incide en que el acudir a mediación, negociar y llegar a acuerdos se hace de forma forzada, lo que le provoca en el presunto autor excluir la exclusión de autonomía de decisión con respecto al reconocimiento de los hechos. Si bien es cierto que la presión que, se dice, siente el autor de los hechos no venga producida por el proceso penal, sino por la comisión del hecho, manteniéndose el proceso penal en un segundo plano, en interés de la víctima y de la comunidad hasta el restablecimiento de la paz jurídica.

También se defiende que la mediación provoca una justicia de clase, en cuanto en tanto normalmente los acuerdos que se toman en su seno pasan por la restitución económica de la víctima, y qué duda cabe de que el resarcimiento y el perdón de ésta se pueden otorgar con mayor facilidad si se satisfacen económicamente los daños causados con el ilícito. Si ello es así, resulta posible arbitrar mecanismos que impidan que la mediación se convierta en una justicia de clase; por ejemplo, previendo, como se hace en Austria, fondos de compensación por el Estado que sirvan para el pago de las indemnizaciones correspondientes cuando el autor de los hechos no pueda sufragarlas.

Por último, se argumenta la falta de seguridad jurídica, pues ofrece un tratamiento desigual para los mismos hechos delictivos. No obstante, con el proceso judicial tampoco se les da tratamiento idéntico a los mismos hechos delictivos, pues en todos concurren circunstancias que hacen necesaria la aplicación de atenuantes y eximentes, y en este marco se entiende actualmente el sometimiento al proceso de mediación como atenuante.

### III. LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

Hasta ahora, la mediación en España ha contado con la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor (12 de enero de 2000), que ha contemplado la mediación penal con una finalidad educativa y resocializadora, que junto con el Reglamento que desarrolla la Ley, destacan el criterio pedagógico de la responsabilidad del menor infractor, regulando los principios de la justicia reparadora, y el principio de oportunidad reglada, para determinadas infracciones, como un mecanismo muy favorable para alcanzar la resocialización del menor, a través del que se otorgan al Ministerio Fiscal varias opciones para desjudicializar la conducta típica del menor infractor.

En el ámbito de los adultos, los juzgados españoles han venido llevando a cabo una experiencia piloto impulsada por el CGPJ desde el año 2005, pero no hay norma que lo avale. De hecho, se está haciendo oídos sordos a la Directiva 2012/29 UE que obliga a los Estados miembros a incorporar la mediación penal en sus legislaciones internas, lo que ahora se ha materializado en España, si bien de forma dispersa e insuficiente, en la última reforma del Código Penal operada por la LO 1/15, así como en la Ley 4/15, del Estatuto de la Víctima del delito.

### 1. *La reforma del CP*

En lo que respecta a la Ley de reforma del Código Penal, se introduce por la Disposición Final 2ª, apartado 10, el principio de oportunidad de forma reglada, en cuanto el artículo 963 LECR permite en determinadas circunstancias (el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor; y no exista un interés público relevante en la persecución del hecho, y entienda por éste supuestos en los que no se hubiere procedido a la reparación del daño y no existiera denuncia del perjudicado) que el Ministerio Fiscal desista de la acción penal, interesado en el sobreseimiento y archivo de la causa, por lo cual apela a la posibilidad que ahora le otorga la ley, en ejercicio del principio de intervención mínima, lo que sin duda favorecerá el sobreseimiento de procesos en los que el justiciable alcance un acuerdo de mediación.

Asimismo, la reforma afecta a los beneficios penitenciarios de la suspensión y de la sustitución de las penas con la finalidad de reforzar la confianza en el principio resocializador, por un lado, flexibiliza los requisitos que se exigían hasta ahora para su concesión y revocación; y, por otro, introduce mecanismos que simplifican su tramitación, lo cual unifica los dos sistemas de sustitución y suspensión en un único sistema de suspensión de la pena privativa de libertad. De este modo, la pena suspendida podrá quedar condicionada, entre otras razones, al cumplimiento del acuerdo que las partes hayan alcanzado en virtud del procedimiento de mediación, siempre que el delito o los antecedentes carezcan de relevancia a efectos de la peligrosidad del delincuente, valorándose por tanto las circunstancias del delito, personales, familiares y sociales, la conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, y los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas impuestas.

En este sentido se redacta el nuevo artículo 80 CP, apartado 3, segundo párrafo: “En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida primera del artículo 84”.

Asimismo, reconoce validez y eficacia al acuerdo alcanzado en mediación, para el caso de revocación de la suspensión de la pena y consiguiente orden de

ejecución, al recoger en el apartado 3 del artículo 86, “en el caso de revocación de la suspensión los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos”.

Y, por último, no podemos obviar que, respecto a la concesión de los beneficios de la libertad condicional, se hace alusión, entre otros requisitos a, “la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas”.

Todos estos avances, aunque escasos, no dejan de ser laudatorios.

Una institución semejante se halla totalmente arraigada en el ordenamiento portugués, en el que, reconociéndose constitucionalmente el principio de legalidad, se prevé una importante excepción, la *Suspensao Provisória do Processo* que, bajo la inspiración de principios tales como cooperación, eficacia y celeridad, pretende responder a los desafíos de la pequeña criminalidad al tiempo que procura la agilización y humanización de la justicia penal.

El régimen de la *suspensao* viene establecido en los artículos 281 y 282 del Código de Proceso Portugués, en los que se dispone que el Ministerio Público puede proponer la suspensión provisional del proceso, siempre y cuando se den determinadas circunstancias que permitan la escenificación de un espacio de consenso en el proceso penal, y sin que por ello se deba hacer expresa renuncia a los fines tradicionales del sistema de justicia penal.

La suspensión provisional regula el archivo condicional de las actuaciones bajo ciertas condiciones, de forma tal que el consenso es favorecido por la posibilidad de establecer una gama de obligaciones y reglas de conducta que corresponde en su integridad al elenco de deberes que pueden ser impuestos en caso de régimen de prueba o probation y que la ley penal sustantiva considera conducentes a promover la resocialización.

Así, el artículo 281 del Código de Proceso Portugués regula en qué casos y bajo qué circunstancias se podrá emplear, por parte del Ministerio Público, la suspensión provisional. De modo tal que si el crimen fuera punible con pena de prisión no superior a cinco años o como sanción diferente de prisión, el Ministerio Público puede dedicarse, con el acuerdo del juez de instrucción, por la suspensión del proceso, mediante la imposición al acusado de condiciones y reglas de conducta, si se verificaran los siguientes presupuestos:

- a) Acuerdo del acusado y asistente.<sup>3</sup>
- b) Ausencia de antecedentes criminales del acusado.
- c) Que no se requiera medida de seguridad de internamiento.
- d) Carácter leve de la culpa.
- e) Que sea de prever que el cumplimiento de las condiciones y reglas de conducta responda suficientemente a las exigencias de prevención que sean del caso.

---

<sup>3</sup> Cfr. DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, *Justicia criminal consensuada*. Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 192.

## 2. Ley del Estatuto de la víctima

Antes de comenzar por la exposición de esta ley en lo relativo a la justicia restaurativa, me gustaría contestar, como lo hace Gómez Colomer,<sup>4</sup> a la pregunta sobre qué interés tiene la víctima en el proceso penal:

- a. Que se preste asistencia personal inmediatamente tras la comisión del delito
- b. Que se le informe jurídicamente de sus derechos en manera comprensible.
- c. Que se detenga al autor del delito, se le enjuicie y se le condene.
- d. Que se le garantice protección frente a ese delincuente en todo momento.
- e. Que se le restituya la cosa robada, hurtada o dañada.
- f. Que se repare el daño material que ha sufrido.
- g. Que se le indemnice por daños morales.
- h. Que el autor del delito reconozca los hechos y le pida perdón
- i. Que se cumpla lo acordado, en su caso.

Si se dan cuenta, el interés de la víctima no se centra exclusivamente en el proceso y en los efectos de éste, sino en la reparación material y moral de la misma. Con este objetivo, la Ley 4/2014, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, pretende aglutinar en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de las víctimas, dentro del proceso y también los extraprocesales, transponiendo las Directivas de 2011 y 2012 que estaban pendientes de incorporación a nuestro ordenamiento nacional.

En efecto, la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, tiene como antecedente remoto, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 25 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconocía un amplio elenco de derechos a las víctimas en el ámbito del proceso penal.

El grado de cumplimiento de dicha Decisión Marco fue objeto del informe de la Comisión Europea de abril de 2009,<sup>5</sup> que puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima, y destaca la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos de dicho Estatuto.

En este contexto se ha producido la aprobación de la 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, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

<sup>4</sup> GÓMEZ COLOMER, José Luis, “Notas sobre la justicia procesal (alternativa, negociada, restaurativa o reparadora)”, en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, Dir. Castillejo Manzanares, Santiago de Compostela 2014, p. 179.

<sup>5</sup> Informe de la Comisión, de 20 de abril de 2009, de conformidad con el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (COM (2008) 166 final).

Así, en España, el Estatuto de la Víctima del Delito nace con vocación de constituir un catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, lo que no obsta a que se haga con remisiones constantes a la normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad.

En cualquier caso, y ante la ausencia de una regulación específica para ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, se ha pretendido otorgarles una especial protección en este texto mediante la transposición de otras dos Directivas, la 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

Con posterioridad ve la luz, el Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima y se regulan las oficinas de atención a las víctimas del delito, aprobado el día 11 de diciembre de 2015 y en vigor desde el 1 de enero de 2016. Además, se insta a la aprobación de protocolos y a la adopción de procedimientos coordinados entre las autoridades implicadas, tareas en las que se propone que puedan participar también las asociaciones o colectivos de víctimas.

Pues bien, en el artículo 15 de la ley se introduce que las víctimas puedan acceder a los servicios de Justicia Restaurativa. En principio, semejante precepto nos llena de satisfacción, aunque si acudimos al preámbulo, no podemos no estar de acuerdo con las razones que sirven a esta introducción. En efecto, se afirma que 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 implementación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, lo cual orilla, como consecuencia, los beneficios que pueda deparar para la persona infractora, pero en perfecta sintonía con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

De modo expreso se dice:

Se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa [...] 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 la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

En consonancia con ello, entre los derechos de las víctimas, en el artículo 3 se introduce el derecho a los servicios de justicia restaurativa, lo que se reitera en el artículo 5, relativo al derecho de las víctimas a recibir información desde el

primer contacto con las autoridades competentes, entre los que se incluye en el apartado k) servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos que sea legalmente posible.

Desde luego, lo manifestado poco tiene que ver con la concepción de justicia restaurativa, sin embargo, bien entendida en el Código Penal, lo que no deja de sorprender dada la cercanía temporal de ambas leyes.

En cualquier caso, resulta cierto que la protección de la víctima engloba la inserción de un sistema de justicia restaurativa en cuanto con ella, entre otras cosas, evita la llamada victimización secundaria. En efecto, de la multiplicidad de factores del hecho delictivo se derivan diversos tipos de victimizaciones. De este modo, se puede diferenciar la victimización primaria, entendida como la producida por las consecuencias directas e indirectas derivadas de la comisión del delito y donde los daños no se limitan a los sufridos por el bien jurídico protegido. Así por ejemplo los daños psicológicos derivados de los delitos contra la libertad sexual. Se ha de diferenciar de la victimización terciaria, entendida como la que hace referencia al grupo de costes sociales derivados de la penalización, ya se produzcan éstos en el victimario o sobre terceros. Por ejemplo, la victimización a la que es sometida la descendencia de madres reclusas que convive con éstas en los centros penitenciarios.

Por último, la victimización secundaria, que deriva de la interacción de la víctima con las disfunciones inherentes al funcionamiento institucional. De este modo, su confluencia con las organizaciones y profesionales encargados de procurarle asistencia y apoyo gesta efectos alienantes que potencian los sentimientos adquiridos durante la comisión del delito.

Pues bien, la mediación, al contrario que el sistema judicial penal tradicional, ofrece a víctima y victimario la posibilidad de participar de manera activa en la reparación de su conflicto. Abre, ante la víctima, un escenario en el que elabora la reparación psicológica y da respuesta a las necesidades que emanan del propio hecho delictivo, lo que evita el proceso de victimización secundaria. Al mismo tiempo, ofrece al victimario un escenario al cual enfrentarse con la verdadera naturaleza de las secuelas de su comportamiento, brindándole un espacio genuino para la responsabilización y la reinserción, donde se suprime gran parte de la victimización y estigmatización producto del paso por el aparato judicial.

Todas aquellas situaciones y actitudes revictimizadoras presentes en la mayoría de los agentes jurídico-sociales insertos en el sistema de justicia ordinario, no tienen lugar en la mediación. En esta misma línea, la neutralidad e imparcialidad exigida a los profesionales de la mediación garantiza que sus propios valores, prejuicios y asunciones no tengan espacio en el proceso.

Pero no sólo lo previsto en el preámbulo de la ley causa rechazo, son más las cuestiones. En primer lugar, se posibilita el acceso a mecanismos reparatorios y, sin embargo, no se adoptan las medidas necesarias para incorporar al proceso penal la validez de estos acuerdos.

Desde luego, el Estatuto de la Víctima obliga a la urgente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para integrar en ella la mediación. Semejante

integración se ha exigido en varios documentos europeos, de modo particular en la Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación en materia penal. Mientras esto no se produzca tendremos que seguir utilizando los mecanismos establecidos en las experiencias piloto. De forma tal que, si se trata de delitos perseguibles a instancia del ofendido, perjudicado o agraviado, en los que cabe el perdón del ofendido, éste puede ser la consecuencia del acuerdo restaurativo. En estos supuestos el proceso no se incoaría o incoado, es archivado.

La eficacia del perdón siempre ha sido una cuestión problemática, pues según se sostiene mayoritariamente la admisibilidad del perdón ha de adaptarse al carácter eminentemente público del Derecho Penal.

En la persecución de cualquier otro delito distinguiríamos según la fase del proceso en que nos halláramos. En cualquier caso, el sometimiento de la causa al proceso de mediación no debe suponer en sí mismo la suspensión del proceso penal, y ello sobre todo en la fase de instrucción en la que continuarán practicándose las diligencias de investigación ya acordadas y aquellas que se consideren necesarias para el esclarecimiento del delito. No podría ser de otra forma, pues la paralización de las actuaciones podría suponer la pérdida de fuentes de prueba fundamentales para la satisfactoria terminación del proceso.

En cualquier caso, en la fase de investigación se corre el riesgo de, por no contarse con más elementos que la denuncia, las declaraciones y los informes periciales, que, concluida la mediación, con o sin acuerdo, el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento de la causa, lo que hará que todo el proceso haya sido infructuoso, si no hay acusación particular personada, o personada ésta, también lo solicitare.

Así bien en la fase de investigación, si el Juez de Instrucción, con acuerdo del Ministerio Fiscal, decide someter el proceso a mediación (pues los acuerdos alcanzados en ésta podrán valorarse a efectos de una atenuación de la responsabilidad criminal), así lo comunicará al imputado en su primera declaración en calidad de tal. Si éste aceptare, tras haber consultado a su abogado, el juez dictará providencia acordando el inicio de la misma.

A continuación, dará traslado de la providencia a las partes personadas y al imputado y remitirá al equipo mediador dicha providencia, así como lo que constare hasta el momento en autos. En cualquier caso, la víctima podrá negarse a someterse al proceso de mediación.

Si ambas partes se sometieren y prestaren su consentimiento informado, se llevará a cabo, en todo caso, con anterioridad al comienzo de la fase intermedia, a fin de que el acuerdo pueda ser tomado en consideración en el escrito de calificación provisional. En efecto, en la fase de instrucción, el juez adopta la resolución de remisión tras la incoación de diligencias previas, arts. 774 y ss. LECr, debiendo desarrollarse la mediación antes de dictarse el auto de procedimiento abreviado o de transformación en juicio de faltas —art. 779 LECr—. De modo tal que cabrá que el Ministerio Fiscal, el letrado de la defensa y de la acusación particular, actuando conforme prevé el art. 784.3 LECr, redacten un escrito

conjunto de calificación, en el que recojan los términos del acuerdo y las variaciones en la calificación. O bien, la defensa muestre su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal. A este respecto, alguna jurisprudencia admite incluso que el proceso termine tras la denuncia de la víctima, sin que ésta presente querrela por haber llegado con anterioridad a acuerdos entre ella y el victimario. Así la SAP de Lleida de 14 de mayo de 2008, según la cual:

El apelante, condenado en la instancia como autor de una falta del art. 618.2 del CP, recurre la sentencia interesando su absolución alegando que existía un acuerdo alcanzado en el proceso de medición penal seguido en el marco del presente procedimiento y que determinó que la propia denunciante no llegara a formalizar acusación contra el ahora recurrente, lo que en su opinión constituye una circunstancia que hubiera debido ser valorada por el Juzgador “*a quo*” en el momento de dictar la resolución que ahora se impugna. En segundo lugar, discrepa de la valoración probatoria efectuada por el Juez de instancia y, por último, impugna las consecuencias penales derivadas de la falta por la que ha sido condenado peticionando la imposición, en su caso, de la pena mínima prevista legalmente. Frente a ello se opone el Ministerio Fiscal que impugna el recurso e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Del relato fáctico contenido en la sentencia de instancia, complementado con el que se recoge en la presente resolución, se desprende que los únicos hechos enjuiciados se remontan nada menos que al año 2004, concretamente al 2 de noviembre, cuando el denunciado, ahora recurrente, se presentó en el colegio en el que estudiaba su hija Llum y la recogió para llevársela en coche, incumpliendo así lo que venía acordado en la resolución judicial dictada en el procedimiento de medidas provisionales que se seguían, bajo el número 380/04, ante el Juzgado de 1.ª Instancia no. 1 de los de Balaguer. Además consta que dos años después de ocurrir aquellos hechos ambas partes aceptaron y siguieron, en el marco del presente procedimiento, un proceso de mediación penal que tenía por objeto resolver y reencauzar las profundas diferencias que entre ellos existía, reconociendo la desagradable situación en la que se encontraban debido a los constantes enfrentamientos que entre ellos existía por estos motivos así como la tensión que se había producido en su comunicación, todo ello permitió que alcanzaran una serie de acuerdos entre los que se encontraban el que la denunciante renunciara a las acciones civiles y, al mismo tiempo, se comprometía a no continuar con el presente proceso penal, lo que se materializó en el acto de juicio al no formular acusación alguna contra el denunciado.

El conjunto de estas circunstancias concurrentes no pueden desvincularse a la hora de enjuiciar los hechos ya que si bien es cierto —como así se encarga de poner de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito impugnatorio del recurso interpuesto— que el ilícito juzgado constituye una falta de carácter público en el que no ha de tener ninguna incidencia la posición que mantengan las partes también lo es el que éste ilícito participa de una particular naturaleza en la medida en que a través de él se pretende sancionar aquellas conductas de ínfima gravedad que represente el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales dictadas en el marco de los procesos matrimoniales. Es más, en el caso concreto lo que se persigue es la protección de los intereses de los menores en cuanto a titulares de su derecho a la estabilidad familiar, al

equilibrio en su desarrollo psico-afectivo lo que, a su vez, incluye los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas, conforme al art. 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. Por lo tanto, y como se encarga de poner de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (R. 160/2007) “lo que se pretende mediante dicho tipo de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de ‘cosificación’, de conversión en instrumentos arrojados de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, entre los progenitores. El mantenimiento de la paz en las relaciones familiares en crisis se pone al servicio del interés superior del menor, lo que exige, necesariamente, el respeto a los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes”.

Así las cosas no puede prescindirse en éste caso de la voluntad de las partes al iniciar el proceso de mediación y alcanzar una serie de acuerdos encaminados a la resolución particular del conflicto y estos, con los que se pretende la pacificación de las controversias existentes en relación —entre otros aspectos— al normal desenvolvimiento del régimen de visitas implicó la expresa voluntad de apartarse del presente procedimiento penal, lo que no solo se manifestó con los acuerdos expresamente alcanzados sino con la postura procesal mantenida en el acto de juicio, en la que la propia denunciante rehusó a la calificación de los hechos y, consecuentemente al ejercicio de la acción penal.

De todo ello ha de deducirse que aún cuando en el presente caso pudiera inculparse el único hecho enjuiciado en la falta en la que se sustentó la única acusación, la deducida por el Ministerio Fiscal, en el acto de juicio oral, lo cierto es que la existencia de aquel acuerdo alcanzado durante el proceso de mediación, y referido a unos hechos anteriores entre los que se encontraba el que fue objeto de enjuiciamiento, unido a la posición procesal mostrada por la denunciante, que desistió del ejercicio de la acción penal, y al importante tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos y el momento en que se juzgaron, abocan indefectiblemente a considerar que, en este caso en concreto, los hechos carecen de relevancia y trascendencia penal, al haberse reencauzado a los trámites de resolución voluntaria y personal del conflicto y todo ello en aras a procurar la necesaria atenuación de las tensiones a fin de procurar el pacífico desenvolvimiento de las relaciones entre ambos progenitores, lo que indiscutiblemente y en definitiva ha de redundar en beneficio de los menores.

Consecuentemente a lo anterior ha de estimarse el recurso y revocar la sentencia de instancia en el sentido de absolver al recurrente de la falta por la que venía condenado, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de ambas instancias, conforme a lo establecido en el art. 239 y siguientes de la LECr.

En la fase de enjuiciamiento también podrá tener lugar la mediación antes de la práctica de la prueba, cuya conveniencia podrá valorar el juez que se encargue del mismo, siempre que exista acuerdo del Ministerio Fiscal.

Si las partes aceptan y, sometiéndose a mediación, no hubiere acuerdo, se abrirá el juicio oral. En caso contrario se iniciará el acto del juicio con el trámite de conformidad, en el que se podrá modificar el escrito de calificación, haciendo suyos los acuerdos alcanzados en mediación, siempre dentro de los términos de la más estricta legalidad —art. 787 LECr.

En cualquier caso y fase, es claro que el imputado, o bien acusado, habrá de haber admitido, por iniciativa propia, algún tipo de participación en los hechos, si bien la valoración de la reparación y consecuencias jurídicas derivadas de la misma le corresponde efectuarla al juez o tribunal que conozca de la causa.

En la fase de ejecución, será el juez encargado de la ejecución, con el acuerdo del Ministerio Fiscal, quien valore la conveniencia de la mediación. La mediación finalizada en esta fase podrá valorarse por ambos, junto a otros elementos concurrentes, a fin de conceder suspensiones de condena, sustituciones o informes para indulto.

Por otra parte, los efectos de la mediación con resultado de acuerdo entre las partes deben ser distintos según sea la fase del proceso penal en que tenga lugar. Actualmente, tal y como se está llevando a cabo en los juzgados con la experiencia piloto del CGPJ, si se produce con anterioridad a la sentencia, de modo normal redundará en la aplicación de la atenuante de reparación del daño a la víctima, prevista en el art. 21.5 CP, y será el juez quien valorará la intensidad de la misma, como simple o muy cualificada, para lo que habrá de tomar en consideración el desarrollo del proceso y las demás circunstancias que concurran en el caso.

No obstante, para que pueda apreciarse la atenuante del art. 21.5 CP, el Tribunal Supremo exige que la reparación sea real y efectiva, pues en caso contrario, aun habiendo sometimiento de las partes al proceso de mediación y acuerdo, no cabrá que el tribunal la aplique. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2006, al manifestar que:

El primero de los tres motivos que articula el recurrente lo canaliza a través del art. 849-2 LECrim, denunciando error de hecho, al no haber hecho constar la sentencia en el *factum* su participación junto con la víctima en un “programa voluntario de mediación penal” arbitrado por la Subdirección General de Medios Abiertos y Medidas Penales Alternativas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

1. La denuncia casacional viene documentalmente apoyada en el Informe obrante a los fol. 185 a 189 en el que la citada Subdirección General hace constar “el Sr. Narciso manifiesta su arrepentimiento por las lesiones causadas al Sr. Matías, que, en ningún momento tuvo la intención de hacerle ningún mal, y además le pide disculpas. El Sr. Matías acepta estas disculpas. Ambas partes, con la firma de este acuerdo, dan por finalizado el conflicto. El Sr. Matías se da por reparado después de este proceso de mediación”.

La inclusión de este dato, aunque de forma expresa no lo manifieste el censurante, tiene por objeto incorporar al relato histórico sentencial la base fáctica necesaria para la estimación de la atenuante de reparación del daño, sobre cuyo extremo versa el contenido del motivo siguiente.

En el correlativo ordinal se denuncia, a través del art. 849-1.o LECrim, la inaplicación del art. 21-5.o CP en relación al núm. 6, circunstancia análoga de reparación del daño.

1. No le falta razón al recurrente en lo concerniente a que en momento procesal oportuno formuló petición expresa para que el tribunal sentenciador apreciara la atenuante referida, como consta en el apartado 4.3 del escrito de calificación

provisional, elevado a definitivo en el acto del juicio oral. En dicho trámite se introdujo una modificación, aceptada por el tribunal, pero referida al apartado 4.1, según se desprende del escrito complementario presentado en el acto de la vista, lo que hacía que quedase inalterada la pretensión de estimación de la atenuante analógica de reparación del daño.

La Audiencia, ni en los antecedentes de hecho de la sentencia en el apartado de la calificación de la defensa, ni en el cuerpo de la misma, ni mucho menos en el fallo sentencial, se pronuncia sobre tal extremo. Así las cosas, es visto que estamos ante un claro supuesto de incongruencia omisiva (art. 851-3 LECrim), acogible en casación, pero con posibilidad de ser salvada la omisión con un pronunciamiento de fondo de esta Sala de casación, habida cuenta que el recurrente aduce, precisamente en este motivo, otro por infracción de Ley en el que plantea la aplicación de tal atenuante.

2. La sentencia refleja en el fundamento jurídico séptimo la afirmación según la cual “todo responsable penal de un delito o falta lo es también civilmente si bien no procede en este caso por no reclamar la víctima y existir además una conciliación expresa entre la misma y el procesado, dentro del sistema arbitrado por la Administración para la solución amistosa de los conflictos”.

En el tenor literal del informe confirma la voluntad reparadora del autor del delito dándose la víctima por satisfecha con la finalización de este programa reparador, que dio lugar a la firma de los acuerdos plasmados a los folios 188 y 189.

El problema es si tal situación es susceptible de tenerse en cuenta como base fáctica de una atenuante de reparación del daño, aunque sea analógica.

3. El Ministerio Fiscal, con certeras argumentaciones resume los criterios que esta Sala viene manteniendo. Señalemos los siguientes:

a) Esta circunstancia, de naturaleza predominantemente objetiva, responde a una política criminal orientada a la protección de la víctima y requiere para su estimación dos elementos:

1.- el primero de carácter cronológico, en cuanto la indemnización o reparación deberá llevarse a efecto con anterioridad a la fecha de la celebración del juicio.

2.- el segundo, de naturaleza material, consistente en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios o incluso de la reparación moral. En cualquier caso, deberán quedar excluidos los factores de índole subjetiva propios del arrepentimiento.

b) Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta “personal del culpable”. Ello hace que se excluyan:

1.- los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio.

2.- supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado.

3.- conductas impuestas por la Administración.

4.- simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.

c) La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, de manera que no es posible reconocer la consecuencia atenuatoria a acciones aparentes o a reparaciones reducidas pese a tener los medios adecuados. Debería, por tanto, excluirse la atenuación en la consignación de pequeñas cantidades.

A pesar de todo no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima.

d) Una reparación real y verdadera no implica que en todos los casos deba ser total, cuando el autor haya realizado un esfuerzo reparador auténtico, pues también forma parte de la atenuación la disminución de los efectos perjudiciales del delito, por lo que las reparaciones parciales significativas contribuyen a disminuir tales efectos, todo ello sin perjuicio de la intensidad atenuatoria que el tribunal estime procedente otorgar a la circunstancia.

4. De cuanto llevamos dicho la mera participación del recurrente en el programa voluntario de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica efectiva reparación. El perjudicado desde un principio renunció a toda clase de indemnizaciones, así que tanto da que no exista daño a reparar o el existente sea renunciado, ya que en ninguno de ambos casos se ofrece la posibilidad de reparar y realmente, en este caso, no se ha reparado nada.

La renuncia del perjudicado por razones familiares (se hallaba casado con la sobrina del acusado) no se produjo por efecto de la reconciliación, sino a causa de la generosidad de la víctima y no de las disculpas extrajudiciales.

En definitiva, sin reparación real y efectiva, total o parcial, no puede haber atenuación. El motivo se desestima.

De igual modo es posible que la mediación tenga reflejo en una sentencia de conformidad, imponiéndose la condena pactada por el Ministerio Fiscal y el imputado, si tiene lugar en la instrucción, o acusado, si tuviere en el juicio oral, evitándolo, y en su caso el acusador particular si lo hubiera. En cualquier caso, la sentencia, además de la condena podrá recoger los pactos alcanzados por las partes respecto a la responsabilidad civil y los compromisos personales a los que hubieren llegado.

En definitiva, para el infractor la mediación con acuerdo podrá suponer la aplicación de circunstancias atenuantes, y en su caso, de ser la pena privativa de libertad facilitar la evitación del ingreso en prisión, favoreciendo así el reconocimiento del beneficio de la suspensión de la ejecución de la condena o de su sustitución por pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

Por último, por lo que respecta a la mediación en fase de ejecución, nos remitimos a lo anteriormente expuesto respecto a la reforma del Código Penal a este respecto.

En cualquier caso, mientras sean éstas las consecuencias otorgadas en la práctica al acuerdo reparador, al investigado, encausado o acusado no le resulta atractivo acogerse a la mediación, pues nuestra legislación le viene a otorgar los mismos beneficios legales en el caso de que llegue a intentar reparar el daño a la víctima, que si acordare con ésta un acuerdo reparatorio a través de la mediación. La atenuante del art. 21.5CP, las alternativas a la prisión como la suspensión o sustitución de la pena, o los beneficios penitenciarios derivados de la fase de ejecución penal, le son concedidos sin necesidad de que tenga que reconocer los hechos delictivos y asumir su culpabilidad.

Respecto a apreciar la atenuante, se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia 249/2014, de 14 de marzo:

La mediación por sí misma no constituye un atenuante, aunque a través de ella se puede llegar a la conciliación, a la reparación y a otras fórmulas de satisfacción simbólicas que en su caso podrían tener repercusión penal. La mediación es la herramienta para alcanzar unos fines. Es un medio y no un fin. Y dentro de esta perspectiva, la reparación no sólo engloba las indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil, sino que el contenido de la justicia restaurativa, nos invita a redescubrir que la víctima necesita tanto o más que un resarcimiento económico, una explicación, una petición de perdón, la percepción de que el victimario se ha hecho cargo del daño causado injustamente; la comprobación del esfuerzo reparador no seguido de logros efectivos pero movido por el sentimiento de que se debe reparar el mal infligido. Por tanto, es la reparación la que genera la atenuante y no el procedimiento en sí de la mediación que puede resultar fallido. Porque cabe reparación sin previa mediación; y mediación sin reparación.

En segundo lugar, una de las cuestiones más controvertidas viene siendo la de delimitar el posible ámbito objetivo en que estas medidas pueden ser eficaces. Pues bien, la ley, lejos de aclararnos en qué delitos sí y o no se puede utilizar, se limita a indicar que será posible el recurso a los servicios reparadores allí donde esta posibilidad no esté legalmente vedada.

Las posturas son diversas. Algunos consideran que debe limitarse la aplicación a los delitos menos graves y a las faltas; mientras hay quien considera que, a sensu contrario, se debe excluir de la mayoría de las faltas. Por último, hay otra, la cual consideramos más adecuada, y es la relativa a considerar que habrá que estarse a las circunstancias de cada caso, sobre todo, a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes, para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación. De manera que la derivación a mediación no debe responder exclusivamente a criterios objetivos que atiendan exclusivamente a los tipos penales, sino que, debe tomarse en consideración el criterio subjetivo de la presencia como sujeto pasivo en el supuesto de víctimas que sean personas físicas, y con vulneración de derechos eminentemente personales. Tengamos en cuenta que la gravedad del hecho, según la calificación y pena que se halle contenida en el Código Penal, no coincide siempre y en todo caso con la gravedad percibida subjetivamente, de forma tal que no tienen por qué estar todos los delitos graves excluidos ni tampoco deben incluirse todas las faltas, porque no todas son idóneas para el proceso de mediación.

Así bien, se han de barajar varios criterios, por un lado y claramente, los subjetivos, esto es, las condiciones subjetivas de las personas que protagonizarían la resolución mediada, tanto en función de sus diversas capacidades personales como de la situación coyuntural en que se hallen; y además la significación subjetiva del hecho, al margen de su calificación jurídico-penal. Por otro, a lo anterior habrá de unirse, si se trata de un hecho flagrante o en el que existen claros indicios de criminalidad. Para, por último, valorar de modo positivo los supuestos en que nos hallamos ante relaciones enconadas entre partes, en su caso con múltiples

denuncias repetidas o cruzadas, en injurias y calumnias, violencia doméstica y de género, y hurtos contra las personas físicas.

A este respecto, la apreciación de cuál sea el hecho delictivo concreto que ha de derivarse a mediación, se debería dejar, en primer lugar, en manos del juzgador, y a continuación, remitidas las partes a mediación, será el equipo quien tome la última decisión.

En definitiva, consideramos que es más recomendable la no existencia de una lista cerrada de hechos delictivos que puedan llevarse a mediación. Lo anterior no quita que puedan configurarse protocolos que sean revisables con cierta periodicidad, en la que concurran otros elementos que lleven a determinar, caso por caso, y atendidas las coordinadas concurrentes, la posible remisión del asunto al servicio de mediación penal.

Así, por ejemplo, en el ordenamiento francés no existen criterios legales que definan objetivamente cuáles son las infracciones susceptibles de ser objeto de mediación penal. O en el alemán, donde se ha querido configurar un marco normativo de la mediación abierto y, por tanto, que permite acudir al TOA tanto en los delitos bagatelarios como en los delitos graves, en atención al tipo de hecho o a los sujetos implicados sean presuntos autores del hecho o sean las víctimas, o incluso a otras características del caso particular que así se hiciera conveniente, permitiendo o excluyendo el acceso al procedimiento de mediación impulsado desde el TOA.

Pues bien, si partimos de que no debe haber un elenco cerrado de supuestos, pero sí criterios o condiciones de mediabilidad penal, habría que concretar cuáles fueran éstos.

Cabría atender a la gravedad como elemento de exclusión, ya sea por razón de la pena o por el grado de violencia en la comisión de los hechos. No obstante, si fuera así, se privaría en ciertos casos de la posibilidad de que la víctima y el acusado pudieran beneficiarse de los efectos positivos de la mediación. Y ello a la vista de que puede haber supuestos en los que la víctima y el victimario de manera voluntaria prefieren el diálogo, y con él la consecuencia inevitable que es la reparación, al proceso penal in extenso.

En los países escandinavos se permite la mediación en delitos que comportan violencia. De hecho, existe un número elevado de delitos de agresión en los que el procedimiento de mediación se despliega con éxito, incluso en delitos de agresiones sexuales, en violencia doméstica, entre otros.

En Alemania se ha optado por permitir acudir a mediación cualesquiera que fuera la gravedad del hecho, atendiera ésta a la pena atribuida legalmente, lo que no es óbice a la posible exclusión de la reparación en ciertos supuestos, si bien se atiende a otros criterios tales como el tipo de hecho delictivo o los sujetos que se hallen implicados que no hicieren recomendable estos servicios; de modo especial en aquellos supuestos en los que la función de prevención deba ser preponderante la de la posible función restaurativa.

De nuevo en nuestro ordenamiento, el legislador español ha hecho exclusión de los delitos de violencia de género. En efecto, la mediación se halla excluida por el art. 44.5 LO 1/2004.

En la actualidad, la utilización de la mediación en asuntos de familia está más que justificada y nadie duda de sus virtudes. Así, la propia legislación introduce la mediación familiar en la Ley 5/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio, y donde se incluyen normas concretas que albergan el sometimiento a mediación de determinadas cuestiones en materia de familia. Y es que, en los conflictos de pareja, matrimonial o no, el proceso no es la mejor solución, adaptándose más a ellos los mecanismos que optimizan la solución pactada de aquél. Así la mediación en este tipo de crisis supone, por un lado, el que las cuestiones familiares, tan íntimas y personales, queden en el marco que les ha de ser propio, la confidencialidad, pues la persona mediadora y las partes tienen el deber de mantener la confidencialidad en relación con la información que en el proceso de mediación se hubiera vertido. Por ello, las partes podrán expresarse con libertad, y haciéndolo de este modo los pactos son posible, la solución del conflicto pactada no resulta tan complicada; además, por otro lado, si las partes llegar a exteriorizar sus sentimientos, a expresar lo que sienten o han sentido, la fase de recogida de datos que todo mediador ha de efectuar como fase previa, ayuda a las partes a clarificar cuestiones afectadas por la situación objetiva de crisis familiar. Por último, si en la crisis se han producido actos violentos, sirve como mecanismo reeducador, sin provocar más alteración y escalada del conflicto, sino como paliativo de posibles actos posteriores.

Por ello, resulta paradójico que precisamente en aquellas familias donde es necesaria una intervención más completa y un abordaje más complejo, como en el caso de las familias con problemática de violencia, se limiten los recursos a utilizar.

En este sentido, a Recomendación nº (98) 1, del Consejo de Europa sobre la mediación familiar, establece en su párrafo 3.9, que el mediador pondrá especial atención en saber si ha habido violencia entre las partes o si puede producirse en un futuro, así como en los efectos que éstas puedan tener sobre la situación de las partes en la negociación, y examinar si, en estas circunstancias, es apropiado el proceso de mediación.

Por lo tanto, se prevé la mediación no sólo como un mecanismo apto en los supuestos en os que exista violencia, sino como instrumento de prevención de la misma. En efecto, la mediación así entendida puede ser un proceso preventivo que conduce a evitar enfrentamiento, o que se produzcan más, repercutiendo beneficiosamente en la estabilidad emocional de las partes y garantizando la continuidad de la relación entre ellas en aquellos temas en los que fuere necesario, así hijos comunes. En base a mantener esa relación, o por lo menos no deteriorarla más de lo que está, se establece un proceso de interacción entre el mediador y las partes, partiendo de la credibilidad, en el mediador, en donde la confianza es el elemento más sólido y sire para que ésta se extienda al proceso y facilite la interacción entre las partes, compensando así la desconfianza habitual en la otra parte.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> BERNAL SAMPER, Trinidad, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 138.

Por otro lado, en nuestro país el CGPJ, el 21 de marzo de 2001, emitió un Informe sobre la violencia de género en el ámbito familiar en el que, entre otros muchos aspectos, destaca la conveniencia de trasladar a la jurisdicción civil las infracciones leves relativas a la violencia doméstica. El mismo indica, además, la deseabilidad de la potenciación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación, en aquellos supuestos en los que la gravedad del hecho y las circunstancias personales, familiares y sociales concurrentes aconsejasen y permitiesen el mantenimiento de la relación familiar o de pareja.

En el mismo sentido se resuelve en las Conclusiones del Curso, “la mediación civil y penal. Un año de experiencia. Alternativas a la Judicialización de los conflictos dirigidos a Fiscales y Jueces de Familia y Penales”,<sup>7</sup> en el que se dice que,

se considera especialmente indicada la mediación para afrontar conflictos surgidos en el contexto de relaciones conyugales o uniones de hecho —siempre y cuando se garantice la igualdad de las partes—, relaciones familiares, vecinales y derivadas de otro tipo de convivencia, como las que tienen lugar en las relaciones laborales, porque en dichas controversias intervienen personas que se conocen y existe un tejido humano y social que intenta reconstruir o resulta necesario, para prevenir la repetición del conflicto, que los implicados pacten soluciones satisfactorias.

Cuando no había previsión alguna de mediación en el proceso penal, la misma ya se prohibía en los delitos de violencia de género —art. 44.5 LO 1/2004—. Con ello, el legislador ha optado por criminalizar todo el entorno de pareja, de forma que se convierte en un asunto de Estado y del Derecho Penal.

De hecho, son dos las grandes pautas que definen el nuevo modelo de intervención punitiva en la ley integral, por un lado, la decisión de crear una tutela penal reforzada aplicable solo a la mujer; y por el otro, el incremento generalizado de la severidad de la respuesta penal frente a la violencia de género.

Con esta previsión se desoye, no sólo la normativa europea, así la Recomendación nº (98), 1, del Consejo de Europa sobre la Mediación Familiar, la que establece en su párrafo 3.9 que el mediador pondrá especial atención en saber si ha habido violencia entre las partes o si pueden producirse en un futuro, así como en los efectos que éstas puedan tener sobre la situación de las partes en la negociación, y examinar si, en estas circunstancias, es apropiado el proceso de mediación; sino, también, al CGPJ, que en su informe de 21 de marzo de 2001, sobre la violencia de género en el ámbito familiar, destacó la conveniencia de trasladar a la jurisdicción civil las infracciones leves o faltas relativas a la violencia doméstica. Además, indica la deseabilidad de la potenciación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación, en aquellos supuestos en los que la escasa gravedad del hecho y las circunstancias personales, familiares y sociales concurrentes aconsejasen y permitiesen el mantenimiento de la relación familiar o de pareja.

En todo caso, la regulación de la mediación en el ámbito de la violencia de género presenta hoy dos obstáculos, uno de contenido legal y otro relacional.

<sup>7</sup> CGPJ. Fiscalía General del Estado. Cursos de Formación continúa 2006. 6, 7 y 8 de noviembre 2006.

El primero de ellos es la obligatoriedad de imposición en estos delitos de la pena accesoria de alejamiento, obstáculo que podría salvarse con la modificación del artículo 57 CP, en el sentido de eliminar el carácter obligatorio de la imposición de tal pena y dejarlo al arbitrio judicial en los casos en que hubiera existido conciliación entre la víctima y la persona condenada.

Este precepto, además, genera disfunciones graves de relevancia penal. En efecto, provoca problemas tales como el que produce la imperativa aplicación de un delito de quebrantamiento de condena —art. 468.2 CP—, para los casos de desobediencia a las órdenes de alejamiento o incomunicación decretadas judicialmente frente al agresor en los casos de maltrato a la mujer ha ocasionado problemas relevantes que no encuentran fácil solución. Así lo reconoció una de las primeras sentencias que conoció del problema, la de la AP de Sevilla de 15 de julio de 2004, según la cual,

el tribunal considera absolutamente improcedente que se adopten medidas de protección a la víctima... en contra de la voluntad expresa de la propia víctima, cuando ésta es una persona adulta y dotada de plena capacidad de obrar, a la que hay que suponer en plenitud de facultades mentales y en condiciones de juzgar sobre sus propios intereses... Otra cosa sería tratar a las víctimas de la violencia de género como sujetos cuya capacidad de autodeterminación se encuentra abolida o limitada y cuyo interés ha de ser, por tanto, tutelado institucionalmente por encima de su propia opinión, al modo de los menores o incapaces, lo que francamente nos parece ofensivo para la dignidad personal de la víctima que precisamente se pretende proteger.

El segundo obstáculo hace referencia a la notable desigualdad que pudiera existir entre las partes en la relación con el desequilibrio de poder. Respecto a esta segunda cuestión, consideramos que podría ser salvado el escollo, a la vista de que, en primer lugar, no cabrá la mediación en supuestos en los que por razón de los graves hechos de violencia física, o reiterados actos de violencia física, la situación de la mujer sea de indefensión, de una indefensión que se ha venido a llamar “aprendida”. Los profesionales se refieren a ella, aludiendo a la actitud pasiva ante un destino atroz, ante la muerte o, sin llegar a ésta, ante la propia destrucción física o psicológica sin poner nada de su parte. De tal modo que las teorías de la indefensión aprendida muestran que una victimización repetida mina las posibilidades de reacción ante el ataque sufrido, lo que hace que la víctima se halle en una posición de desequilibrio con su agresor, sin tratar de reequilibrarlo. Así, el sentimiento de indefensión incapacita a la víctima para encontrar una reacción viable para reducir el sentimiento de vulnerabilidad, pues la posible solución se considera ineficaz para aliviar la angustia.

En segundo lugar, es necesario que se adopten ciertas cautelas; por un lado, que los mediadores se sometan a un reciclaje continuo y una especialización de este ámbito. Por otro, que los programas de mediación instauren procedimientos para mejorar la seguridad de las víctimas durante y después de la mediación (detectores de metales en las oficinas de mediación; guardias de seguridad y servicios

de protección, entrevistas en el momento de llegada al programa para identificar la existencia de malos tratos; sesiones de mediación con las dos partes por separado; equipos de mediación mixtos, formados por un hombre y una mujer; asistencia por parte de los defensores de las víctimas, abogados y trabajadores sociales), y por último, la mujer víctima debe aceptar someterse a este sistema una vez que haya recibido la ayuda necesaria para situarse ante su agresor en absolutas condiciones de igualdad. Por tanto, a estos efectos, es la voluntad de la víctima y el informe elaborado por un psicólogo, los que deben determinar la posibilidad de realización.

Así bien, aquel precepto, de acuerdo a lo anteriormente manifestado, debe ser suprimido, pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle de forma correcta al tener en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada. Esta situación se puede corregir con la libertad de las partes para intervenir en la mediación, manifestada en la firma del documento de consentimiento informado, previo informe realizado por un psicólogo.

En tercer lugar, en el estatuto de la víctima, a fin de poder acudir a la justicia restaurativa, se requiere un reconocimiento por parte del victimario de los hechos esenciales que fundamentan la responsabilidad penal, lo que equivale a la asunción de los elementos fácticos básicos a los que alude el artículo 12 de la Directiva, la que exige como condición mínima, el reconocimiento por el infractor de, “los elementos fácticos básicos del hecho”.

Claro, tal y como se prevé la aceptación de la mediación en el proceso penal, se plantea una cuestión que incide de manera sustancial en la afectación de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho a la presunción de inocencia. Desde luego, se ha de tratar de evitar que los derechos y garantías se hallen afectado una vez iniciado el proceso de mediación, éste no llegue a su fin, o bien terminado, no haya acuerdo.

Por otro lado, el precepto, en una cuestión de tanta transcendencia, obvia identificar el órgano que ha de recibir tal declaración, la que, en todo caso, no debiere ser hecha ante el órgano jurisdiccional o el Ministerio Fiscal.

Por último, se establece el deber de confidencialidad de los debates que precisan para su difusión del consentimiento de ambas partes, sin que, a diferencia de lo que establece la Directiva, pueda quebrarse el deber de secreto cuando así lo aconsejen razones de interés público superior.

En efecto, el proceso debe ser confidencial, pues es la forma de garantizar la confianza en el sistema, aunque cabe admitir excepciones que deben ser expresamente reguladas. Mas el principio de la confidencialidad hay que ponerlo en relación con otro principio, el de voluntariedad, que determina que, en cualquier momento, cualquiera de las partes puede dar por finalizado el proceso de mediación y acudir a los tribunales. Por esta razón ha de garantizarse que no se va a utilizar la mediación de forma fraudulenta para obtener fuentes de prueba.

En cualquier caso, la confidencialidad respecto a la persona del mediador ha de garantizarse a través de que quede vinculado por el secreto profesional respecto

de los hechos y circunstancias que le han sido confiados, así como que no pueda ser llamado a declarar como testigo en el juicio subsiguiente ni tampoco como perito.

No obstante, la confidencialidad tiene su límite en el orden público, por lo que el principio ha de ceder ante el riesgo para la integridad física de las personas, o ante el conocimiento de un hecho delictivo distinto al que es objeto de enjuiciamiento.

Respecto de las partes, se les ha de prohibir utilizar en un proceso posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación.

#### IV. CRÍTICAS AL ÚLTIMO INTENTO DE REGULAR LA MEDIACIÓN PENAL EN EL SENO DE UN CÓDIGO PROCESAL PENAL

##### 1. *Concepto de mediación*

Según el artículo 143 del Borrador de Código Procesal Penal de 2013, por mediación penal se entiende, a los efectos previstos en el Título VI (la mediación penal), el procedimiento de solución de conflictos entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo.

Se trata, así, de introducir, un instrumento de justicia restaurativa en el marco de un proceso penal. Para estos efectos recordemos que las concepciones modernas del Derecho Penal mantienen que la función de la pena es la prevención, y ello por cuanto el castigo que comporta la pena es para evitar las conductas que se reprochan socialmente, las consideradas como indeseables, cumpliéndose con ello una misión de pacificación social.

Frente a ello surge la teoría de la resocialización, que tiene como propósito permitir la obtención de numerosos beneficios si se compatibiliza con otros fines, o quizás si se pretende alcanzar desde parámetros de libertad, lo que supone, en todo caso, la reconsideración de la pena privativa de libertad como la base del sistema punitivo. Pero junto al sujeto sometido al proceso penal y los fines resocializadores del mismo, se halla la víctima, la gran olvidada. Para atender a estas dos premisas: la resocialización y la victimización, el borrador quiere hacer mención a estos dos sujetos en el procedimiento de mediación, refiriéndose especialmente a la tutela de las víctimas en su artículo 12, según el cual, la tutela de la víctima es una de las finalidades del proceso penal. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y el Tribunal informarán a los ofendidos y perjudicados por el delito de los derechos que le asisten, con particular atención a las víctimas especialmente vulnerables.

Con ello, el *prelegislador* introduce una nueva concepción basada en la filosofía restitutiva o restaurativa, que implica un nuevo modo de repensar la justicia penal, desde la que otorga, al delincuente, la posibilidad de responder ante las víctimas responsabilizándose de la reparación del daño que pudiere haber causado.

## 2. *Ámbito objetivo de la mediación*

Si bien se trata de un paso necesario, deja sin regular dos cuestiones de fundamental importancia, el marco objetivo y subjetivo de la mediación. Esto es, ¿cabe el procedimiento de mediación frente a cualquier infracción, y cualquiera que sea el sujeto que cometiere el hecho delictivo? Las experiencias provenientes de otros ordenamientos jurídicos, amén de las propias en lo que a los proyectos piloto se han venido desarrollando en nuestro país, nos dan algunas ideas que permiten cuestionarnos supuestos específicos, situaciones especiales, o posicionarnos sobre si es o no necesario establecer un límite de pena para poder asumir como posible que la función reparatoria se convierta en la preferente en la perseguibilidad penal, tanto que evita el desarrollo formal del proceso mismo, otorgando validez y eficacia al acuerdo que se alcance, de naturaleza reparatoria, en el procedimiento de mediación.

La primera cuestión sería la de determinar si debe o no considerarse *a priori* excluible alguna infracción penal y, en su caso, si sería o no conveniente configurar un elenco de conductas que pudieren o no ser objeto de mediación. La pregunta es por ello *numerus clausus*: sí o no.

## 3. *Ámbito subjetivo de la mediación*

Por último, decíamos que era preciso que se hubiere delimitado el ámbito subjetivo, esto es, si todos los sujetos activos y pasivos pueden sin exclusión acudir a un procedimiento de mediación.

Respecto de la víctima habríamos de cuestionarlo en los delitos de violencia de género o en los delitos de peligro abstracto. A estos delitos de violencia de género ya nos hemos referido. Respecto a los delitos de peligro, en especial, en los de peligro abstracto, al surgir el concepto de víctimas innominadas o colectivas, se pueden generar *a priori* ciertos obstáculos a la hora de considerar la mediación, como medio que exige, entre otras cosas, dos posiciones; una de ellas, la de víctima. Es precisamente ese obstáculo de indeterminación de uno de los sujetos que debe sentarse con el autor de los hechos o con los autores y desarrollar este procedimiento de diálogo, de comunicación, el que puede llevar a negar la viabilidad de la mediación.

Este obstáculo ha encontrado respuesta no viendo la necesidad de que la víctima deba ser singularizada, sino que sea posible hablar de lo que se denomina como “víctima simbólica” o “víctimas por subrogación”, en cuanto la ley podría permitir que determinadas personas jurídicas pudieren ejercer esa función en el saldo de las víctimas, tales como asociaciones en defensa del medio ambiente o asociaciones dedicadas a la desintoxicación, en el caso de drogodependencias, o destinadas a trabajar por la no violencia.

Por último y con respecto al encausado podría plantearse en la mediación con personas reincidentes, o con pluralidad de sujetos o con personas jurídicas.

En lo relativo a la mediación con personas reincidentes, la reincidencia puede implicar un uso excesivo de las etiquetas, máxime si se piensa que, aún cuando alguien pudo ser reincidente, las circunstancias personales, sociales, etc., que le rodearon pueden ser claramente diversas en los momentos en que se produce el hecho y la mediación puede jugar de manera esencial en la recomposición de las relaciones entre víctima-victimario y servir de canalización para una verdadera rehabilitación del sujeto.

Además, hemos de tener en cuenta que el reincidente puede serlo por un delito o falta que nada tuvo que ver con la actuación anterior y, por tanto, que los elementos que deben concurrir para poder trabajar con el mediador se den sin problema alguno.

Cuando sean varios los encausados, no todos tienen porque querer someterse al procedimiento de mediación. Si unos se sometieran y otros no, hemos de tener en cuenta que el acuerdo adoptado no puede jugar como prueba de cargo para los restantes coimputados. Pero, además, se debiere prohibir la entrada en el proceso como testigo de aquel que se sometió al procedimiento de mediación y salió del proceso judicial.

Por último, y respecto del proceso penal abierto contra persona jurídica, se puede arbitrar que sea la persona física que les represente quien pueda participar en el proceso negociador de mediación. En cualquier caso, quien se muestra contrario a estos supuestos, lo son, no tanto porque sean personas físicas quienes representen a la jurídica, sino en lo relativo a la reparación o compensación simbólica, por la eliminación del elemento reparatorio que la mediación ofrece a las víctimas.

#### *4. Procedimiento de mediación*

##### **4.1. Mediación institucionalizada o profesional**

El siguiente precepto que introduce el prelegislador sobre la mediación, provoca un mar de dudas. En efecto, en el número 1 prevé que, a la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables las normas establecidas en varios de los artículos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La primera cuestión que surge a raíz de este apartado, al ver la rúbrica del precepto: “Mediación institucionalizada o profesional”, es si cabe otro tipo de mediación que no sea la institucionalizada o profesional. A estos efectos cabe remitirnos a lo previsto en la citada ley, aunque no es un precepto al que se remita este texto articulado, a fin de comprender lo que son las “instituciones de mediación”.

El citado artículo comienza definiendo, qué tipo de entidades gozarán —a los efectos de dicha Ley—, de la categorización de “instituciones de mediación”. En este sentido tendrán la consideración aquellas corporaciones de derecho público y las entidades de carácter privado o público que cuenten entre sus objetivos con la promoción de la mediación. Asimismo, deben facilitar el acceso y

administración de la misma, incluyendo en este concepto una designación transparente de los mediadores, todo sin que la institución pueda prestar directamente el servicio de mediación, y sin que pueda tener una intervención en la mediación que rebase lo dispuesto en la propia Ley 5/2012.

Sin embargo, si existe una remisión a la Ley de mediación en lo que respecta a la profesionalización de los mediadores, y por tanto a qué ha de entenderse por mediación profesional. En este sentido destacan dos preceptos, el 11 y el 12, según los cuales pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Además, las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán asignar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos señalados en esta Ley.

En cualquier caso, el mediador deberá estar en posesión del título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, la cual se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, los que tendrán la validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

Para que todo ello se cumpla, el Ministerio de Justicia y las Administraciones competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

Desde luego, no cabe sino pensar que no hay otra mediación que la institucionalizada o profesional, si es así para el ámbito civil y mercantil, cómo no para el penal.

#### **4.4.2. Principios que rigen la mediación**

En segundo lugar, ese mismo número prevé que a la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables, las normas establecidas en los artículos 6.1, 6.3, 7, 8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 1, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Pues bien, la remisión a muchos de ellos está totalmente justificada por referirse a puntos comunes en ambas mediaciones. Así en lo relativo a los principios que rigen el procedimiento de mediación (voluntariedad y libre disposición, igualdad de partes e imparcialidad, así como neutralidad), a las partes en la mediación, a las condiciones para ejercer de mediador, calidad y autorregulación de los mediadores, al procedimiento de mediación (información y sesiones informativas, pluralidad de mediadores, sesión constitutiva, duración del procedimiento, y desarrollo de las actuaciones de mediación, terminación del procedimiento y acuerdo de mediación).

En lo relativo a la remisión a los principios de la mediación, lo cierto es que son comunes en todas las legislaciones de ámbito comparado al referirse a dicho procedimiento.

La mediación en el proceso penal ha de ser un servicio de atención gratuita a la ciudadanía, nota que deriva del carácter público que tiene el Derecho Penal, voluntario para las partes durante todo el tiempo que dure el procedimiento de mediación, de forma tal que se puede abandonar en cualquier momento sin que suponga por ello una merma en las garantías procesales.

De forma tal que, por un lado, tiene naturaleza autocompositiva, en cuanto son las partes las que han de llegar al acuerdo, interviniendo la persona mediadora a los solos efectos de equilibrar la capacidad negociadora de ambas partes y favorecer la negociación para la consecución de acuerdos. Así pues, a través de la mediación no se impone la solución por terceros, como en el proceso judicial o en el arbitral, mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, sino que la solución es negociada, asumida y acordada por las propias partes, sin que el tercero, persona mediadora, tenga poder de decisión o imposición sobre las soluciones y acuerdos a las que lleguen las propias partes.

Además, se trata de un instrumento al que se acude de forma voluntaria, de hecho, nada parece más alejado de la finalidad de todo procedimiento de mediación, que no es otro que alcanzar un acuerdo de modo voluntario y autónomo, la imposición a las partes para que se sometan a un procedimiento de estas características. No obstante, existen ordenamientos que prevén la obligatoriedad de la mediación, como lo hace la ley austriaca de 2004, con previsión de sanciones para quien no se somete a un proceso de esta naturaleza. Otros sistemas delegan la facultad discrecional al juez, que no acepta el caso hasta que no aprecia que se han agotado todas las posibilidades de mediación, como en Florida u otros estados de EEUU. Sin embargo, lo más frecuente es que la norma general sea la voluntariedad en todas las manifestaciones de la mediación, sin perjuicio de que pueda ser establecida la obligatoriedad de una entrevista informativa previa, con el objetivo de asegurar que la opción que realizan los ciudadanos por rechazar o aceptar un proceso de mediación es plenamente consciente, aceptada y no mediatizada por prejuicios propios o de terceras personas.

Por otra parte, la voluntariedad no se refleja únicamente en el momento de aceptar participar en un proceso de mediación penal, sino que también está presente a lo largo del mismo, es decir, que cualquiera de las partes conserva la facultad de anunciar que quiere dar por terminado el proceso de mediación.

Se ha de exigir que el tercero sea además neutral, esto es, la persona que medie no podrá orientar y menos imponer a las partes su propia escala axiológica frente a la propia de cada parte, evitando así plantear alternativas que vayan dirigidas a alcanzar soluciones que sean más conformes a la propia escala de valores de la persona mediadora. La neutralidad del mediador está en relación directa con los fines teleológicos de su función que, en definitiva, son el resultado de la pacificación de las relaciones interpersonales y el de la reconstrucción de vínculos sociales.

El mediador también ha de ser también imparcial, entendiendo por imparcialidad la cualidad de no tomar partido por alguien que esté siendo objeto en el tratamiento de la cuestión, descubriendo los intereses y necesidades de todos los intervinientes, respondiendo de forma objetiva a cualquier planteamiento expuesto o interés expreso implícito en cualquier proceso.

En cualquier caso, hubiera sido más satisfactoria la no remisión y sí la elaboración de un texto propio relativo a la mediación penal, y todo ello porque necesitamos una configuración legal adecuada para introducir la mediación en nuestro proceso penal, a través de:

- a. Aprobación de una norma habilitante, ley de mediación penal, que regule que es la mediación, cuáles son sus principios básicos, elementos objetivos, elementos subjetivos, procedimiento y consecuencias derivadas del acuerdo no de mediación. No considero que sea suficiente con la remisión a una norma basada en la mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- b. Desarrollo de un Estatuto del mediador y su correspondiente actividad de control, a través de la formación.
- c. Necesidad de reformas en el Código Penal, referidas a la reparación.

Pero, en cualquier caso, no se entiende bien la remisión a dos preceptos, el 25 (formalización del título ejecutivo) y 26 (tribunal competente para la ejecución de acuerdos de mediación). No queda otra opción que pensar que la remisión a aquéllos, en lo relativo a la formalización del acuerdo de mediación como título ejecutivo, es para la responsabilidad civil que acompaña en algunos supuestos a la responsabilidad penal, y sólo cuando los acuerdos pasarán por ello, podrían constituirse como título ejecutivo y ejecutarse a través del procedimiento de ejecución previsto a estos efectos.

El número 2 del mismo artículo, prevé que la voluntad del infractor de someter el conflicto con la víctima a mediación se le comunicará a esta última por el Ministerio Fiscal, cuando no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho. La comunicación se realizará directamente o a través de la Oficina de Atención a las Víctimas. Resulta imprescindible cuestionar dicha regulación, en cuanto parece indicar que el único que puede instar el procedimiento de mediación es el infractor.

#### **4.4.3. Principio de confidencialidad y presunción de inocencia**

Por último, deviene imprescindible lo regulado en el artículo 144.4, según el cual, el mediador se halla sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con motivo de su intervención en el procedimiento.

Esto se ha de enlazar de modo necesario con la confidencialidad, pues es la forma de garantizar la confianza en el sistema, aunque cabe admitir excepciones que deben ser expresamente reguladas. El principio de confidencialidad hay que

ponerlo en relación con el principio de voluntariedad antes analizado, que determina que, en cualquier momento, cualquiera de las partes puede dar por finalizado el proceso de mediación y acudir a los tribunales. Por esta razón ha de garantizarse que no se va a utilizar la mediación en forma fraudulenta para obtener fuentes de prueba.

En cualquier caso, la confidencialidad respecto de la persona del mediador ha de garantizarse a través de que quede vinculado por el secreto profesional respecto de los hechos y circunstancias que le han sido confiados y que no puede ser llamado a declarar como testigo en el juicio subsiguiente ni tampoco como perito.

Respecto de las partes, se les ha de prohibir utilizar en un proceso posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación.

No obstante, la confidencialidad tiene su límite en el orden público, por lo que el principio ha de ceder ante el riesgo para la integridad física de las personas, o ante el conocimiento de un hecho delictivo distinto al que es objeto de enjuiciamiento.

Todo ello no es sino consecuencia de que las bases conceptuales sobre las que se asienta cualquier cauce de mediación penal no pueden ser otras que las de partir de dos premisas esenciales; a saber, la existencia de un daño o perjuicio causado a una persona por otra, y que la persona perjudicada y su autor lo sean en grado de presunción, a saber, el sometimiento a este procedimiento sólo puede hacerse desde la base del debido respeto a la presunción de inocencia, que de necesidad también debe extenderse a la víctima, que no es tal, hasta que, en efecto, se derive de una serie de actuaciones que así lo prueben.

La aceptación de sometimiento a procedimiento de mediación no implica, ni puede implicar, que el imputado acepte ir a mediación porque está reconociendo los hechos en esa primera toma de contacto. Ni tampoco, obvio, que el sistema está reconociendo a priori los daños causados a la víctima. Antes, al contrario, es importante insistir en que acudir a mediación no puede significar en sí mismo un reconocimiento previo ni la existencia de daños ni la culpabilidad o comisión de los hechos. Deben establecerse cautelas legales en cuanto a no considerar en absoluto que la aceptación de someterse a mediación puede valorarse como un reconocimiento de culpabilidad.

Así bien, en lo relativo a la aceptación de la mediación en el proceso penal, se plantea una cuestión que incide de manera sustancial en la afectación de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho a la presunción de inocencia. Se trata de la exigencia de reconocimiento de hechos por iniciativa del autor, tal y como prevé la Recomendación núm. R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación penal, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Se trata de evitar que los derechos y garantías se hallen afectados una vez que ha iniciado el proceso de mediación, éste no llegue a su fin, o bien terminado no haya acuerdo. En efecto, ya la mera decisión por parte de aquél de participar en el procedimiento de mediación puede entenderse como un indicio de su intervención en el hecho delictivo del que trae causa el proceso, pudiendo afectarse

directamente su derecho a la presunción de inocencia, a pesar de que el ofrecimiento que realice el órgano jurisdiccional, para participar en el proceso de mediación, no traiga causa de la fragancia del delito, o del reconocimiento de hechos, sino de la naturaleza y circunstancias del hecho criminal y de la posibilidad de reparación. Por lo tanto, si la mera aceptación de participar en el proceso de mediación puede incidir en la presunción de inocencia, el sometimiento al proceso, cuando se abandonó sin acuerdo, puede generar más dudas.

No obstante, tenemos que tomar en consideración dos cuestiones, a saber: por una parte, el abandono del proceso de mediación puede ser debido a que no está conforme con los hechos que la víctima expone; por otro, el juez, en ningún caso podrá basar la sentencia condenatoria en otra cosa que no sea la prueba, y el acta que el mediador remita al juzgado en ningún caso podrá entenderse tal.

En definitiva, el reconocimiento de los hechos durante el desarrollo de la actividad mediadora no podrá ser trasladado al proceso penal si aquélla finaliza sin acuerdo y, de llegarse a acuerdo, en los exclusivos términos de éste.

Tampoco podrá utilizarse nada de lo que se manifestó durante el proceso de mediación; ni las partes ni el mediador, a pesar de que, no habiendo resultado satisfactoria la mediación, la víctima y el ofensor habrán emitido declaraciones que podrían proporcionar información útil contra el presunto autor de los hechos en el marco del proceso penal. A este respecto, al estar presidida la mediación por el principio de confidencialidad, de manera tal que las partes no podrán utilizarlo de manera incriminatoria, a lo que cual se habrán comprometido en el documento de consentimiento informado, con su firma, al inicio de las sesiones. Asimismo, el mediador no podrá ser llamado ni en calidad de testigo ni de perito, quedando amparado por el secreto profesional. Pero más aún, el acta sin acuerdo que presente el mediador debe limitarse a dar cuenta del no acuerdo, y puede ilustrar sólo el tiempo del desarrollo y el número de horas invertidas en cada parte. Todo ello a la vista de que la participación en el proceso de mediación puede, sin perjuicio del resultado, tomarse en consideración como un elemento más para la aplicación de circunstancias atenuatorias o adoptar decisiones suspensivas o sustitutivas en la fase de ejecución de sentencia.

En caso de haber llegado a acuerdo, no podrá darse traslado al juez del acta de acuerdos hasta el momento del juicio oral, a fin de garantizar el derecho a la presunción de inocencia, aunque, en todo caso, en dicha acta no debe constar el reconocimiento de los hechos por el acusado, sino sólo el contenido de la reparación, a fin de que no pueda utilizarse en modo alguno en el proceso. A este respecto recordemos cómo el parágrafo 32 de la Recomendación (99) n° 19 prevé que el mediador no debe revelar los contenidos de los encuentros ni expresar ningún juicio sobre el comportamiento de las partes durante el proceso de mediación seguido.

Otra cuestión que se plantea y que su resolución sólo pasa por la confianza en el órgano jurisdiccional, en cuanto la sentencia condenatoria ha de recaer en el único supuesto de existencia de prueba de cargo suficiente ocurre cuando son varias las personas encausadas y sólo algunas acuden a mediación. Si bien es

cierto que el acuerdo al que se llegase, en su caso, no podría constituir por sí sólo prueba de cargo contra el resto de los acusados, no lo es menos que el reconocimiento de los hechos punibles por alguno de ellos podría influir directamente en el derecho a la defensa de los demás.<sup>8</sup> Para evitarlo, tendría que prohibirse la entrada en el proceso como prueba testifical la declaración del coimputado que ha asistido al proceso de mediación.

### 5. Efectos de la mediación

Una de las cuestiones trascendentales relativa a la consecución de un procedimiento de mediación es el relativo a los efectos que ésta pudiera tener en el proceso penal. A ello se refiere el artículo 146 del Borrador, según el cual ni el Ministerio Fiscal ni los tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la ley, del acuerdo con la víctima si se alcanza.

Desde luego, resulta imprescindible la regulación de los efectos, pero, es más, se remite a la ley, quedando incierta cuál sea ésta. En cualquier caso, consideramos que se ha desaprovechado el código para insertarlos, como ya pusimos de manifiesto, en el marco del sobreseimiento por razones de oportunidad, o de la suspensión, sin perjuicio de que pudiere haber otros.

Y es que la mediación penal hemos de entenderla como un instrumento que se inserta en otro instrumento, el proceso penal. En efecto, cuando se habla de mediación como alternativa al proceso, ni tan siquiera se está pensando en la desaparición del proceso penal, y en la consecuente condena por un mediador a una determinada consecuencia jurídica, sino que ese está barajando la posibilidad de que, tras el trabajo realizado por aquél, y en el marco del procedimiento de mediación, se pueda incorporar al instrumento procesal, en ocasiones abreviándolo, en ocasiones minimizándolo a la cuasi mera sentencia, y en otras condicionando el contenido de la misma, o la propia ejecución de la sentencia en su desarrollo.

Si lo entendemos así, la mediación penal exige dos garantías para su incorporación:

- a. La posibilidad de control judicial del acuerdo, que permita considerar inapropiado el mismo, en atención a las garantías de los sujetos intervinientes.
- b. La posibilidad, en todo momento, de que el no acuerdo supone la incorporación al proceso penal.

Con estas dos premisas, hay que concluir que la mediación es el instrumento del instrumento, que es el proceso penal, de manera que sirva a éste de garantía que es la de los ciudadanos y de la sociedad.

<sup>8</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro Manuel, "Mediación Penal: cuestiones a considerar en su regulación en España", en *Simpósio sobre Tribunales y mediación. Nuevos caminos para la justicia. Comunicaciones*, 18 y 19 de junio de 2009, p. 214.

Así pues, la incorporación de la mediación al proceso penal no debe suponer una alteración del *ius puniendi* del Estado y, en ningún caso, supone la aparición por sustitución de éste, el *ius puniendi* de las víctimas y la desapoderación del Poder Judicial de la tutela penal, lo que sin duda habría que cuestionarse desde el punto de vista constitucional.

Los tribunales son y seguirán siendo los que controlen el buen desarrollo del procedimiento mediador, porque existirán prevenciones procesales para garantizar la presunción de inocencia y los derechos procesales de las víctimas; porque existirá un ámbito objetivo reglado para este procedimiento mediador, y porque sería una institución amparada en el principio de oportunidad reglada y visualizable a través del sobreseimiento o de la sentencia, no, en ningún caso, una forma de autotutela ajena al monopolio del Estado, al de los tribunales y al del proceso, sino que en todo caso la mediación vendrá condicionada a la pendencia de un proceso penal al cual servir.

Así, cabría pensar en la consideración de la reparación en tres niveles diversos, con base en la eficacia jurídica que la misma puede desplegar en atención a la entidad o gravedad de los hechos y a la exigencia de un mayor o menor reproche de los mismos. En aquellos supuestos en los que se traten de hechos bagatelarios, la reparación podría evitar la persecución del hecho, de modo que tras una mediación penal y un acuerdo reparatorio, éste podría convertirse en alternativa a la persecución penal mediante el proceso. Se trataría de aquellos supuestos en los que podríamos considerar la mediación, no como complemento del proceso, sino como alternativa al mismo, de la misma forma que cabe decidirse políticamente por la despenalización de estas conductas. Este último es el camino que, al parecer, sigue el legislador a la vista del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012.

Ya alguna jurisprudencia ha admitido que el proceso termina tras la denuncia de la víctima, sin que ésta presente querrela, por haber llegado con anterioridad a acuerdos con el victimario. Así la SAP de Lleida de 14 de mayo de 2008, según la cual,

el apelante, condenado en la instancia como autor de una falta del art. 618.2 del CP, recurre la sentencia interesando la absolución alegando que existía un acuerdo alcanzado en el proceso de mediación penal seguido en el marco del presente procedimiento y que determinó que la propia denunciante no llegara a formalizar acusación contra el ahora recurrente, lo que en su opinión constituye una circunstancia que hubiera debido ser valorada por el Juzgador “a quo” en el momento de dictar la resolución que ahora se impugna. En segundo lugar, discrepa de la valoración probatoria efectuada por el juez de instancia y, por último, impugna las consecuencias penales derivadas de la falta por la que ha sido condenado peticionario la imposición, en su caso, de la pena mínima prevista legalmente. Frente a ello se opone el Ministerio Fiscal que impugna el recurso e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Del relato fáctico contenido en la sentencia de instancia, complementado con el que se recoge en la presente resolución, se desprende que los

únicos hechos enjuiciados se remontan nada menos que al año 2004, concretamente al 2 de noviembre, cuando el denunciado, ahora recurrente, se presentó en el colegio en el que estudiaba su hija Llum y la recogió para llevársela en coche, incumpliendo así lo que venía acordado en la resolución judicial dictada en el procedimiento de medidas provisionales que se seguían, bajo el número 380/04, ante el Juzgado de 1ª instancia núm. 1 de los de Balaguer. Además consta que dos años después de ocurrir aquellos hechos ambas partes aceptaron y siguieron, en el marco del presente procedimiento, un proceso de mediación penal que tenía por objeto resolver y reencauzar las profundas diferencias que entre ellos existía, reconociendo la desagradable situación en la que se encontraban debido a los constantes enfrentamientos que entre ellos existía por estos motivos así como la tensión que se había producido en su comunicación, todo ello permitió que alcanzaran una serie de acuerdos entre los que se encontraban el que la denunciante renunciara a las acciones civiles y, al mismo tiempo, se comprometía a no continuar con el presente proceso penal, lo que se materializó en el acto del juicio al no formular acusación alguna contra el denunciado.

El conjunto de estas circunstancias concurrentes no pueden desvincularse a la hora de enjuiciar los hechos ya que si bien es cierto —como así se encarga de poner de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito impugnatorio del recurso interpuesto— que el ilícito juzgado constituye una falta de carácter público en el que no ha de tener ninguna incidencia la posición que mantengan las partes también lo es el que éste ilícito participa de una particular naturaleza en la medida en que a través de él se pretende sancionar aquellas conductas de ínfima gravedad que represente el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales dictadas en el marco de los procesos matrimoniales. Es más, en el caso concreto lo que se persigue es la protección de los intereses de los menores en cuanto a titulares de su derecho a la estabilidad familiar, al equilibrio de su desarrollo psico-afectivo lo que, a su vez, incluye los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas, conforme al artículo 9 de la convención de naciones unidas sobre Derechos del Niño. Por lo tanto, y como se encarga de poner de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (R160/2007) “lo que se pretende mediante dicho tipo de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de cosificación, de conversión en instrumentos arrojados de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, entre los progenitores. El mantenimiento de la paz de las relaciones familiares en crisis se pone al servicio del interés superior del menor, lo que exige, necesariamente, el respeto a los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes”.

Así las cosas no puede prescindirse en éste caso de la voluntad de las partes al iniciar el proceso de mediación y alcanzar una serie de acuerdos encaminados a la resolución particular del conflicto y estos, con los que se pretende la pacificación de las controversias existentes en relación —entre otros aspectos— al normal desenvolvimiento del régimen de visitas implicó la expresa voluntad de apartarse del presente procedimiento penal, lo que no solo se manifestó con los acuerdos expresamente alcanzados sino con la postura procesal mantenida en el acto del juicio, en la que la propia denunciante rehusó a la calificación de los hechos y, consecuentemente al ejercicio de la acción penal.

De todo ello ha de deducirse que aún cuando en el presente caso pudiera inculparse el único hecho enjuiciado en la falta en la que se sustentó la única acusación, la deducida por el Ministerio Fiscal, en el acto del juicio oral, lo cierto es que la existencia de aquel acuerdo alcanzado durante el proceso de mediación, y referido a unos hechos anteriores entre los que se encontraba el que fue objeto de enjuiciamiento, unido a la posición procesal mostrada por la denunciante, que consistió del ejercicio de la acción penal, y al importante tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos y el momento en que se juzgaran, abocan indefectiblemente a considerar que, en este caso en concreto, los hechos carecen de relevancia y trascendencia penal, al haberse reencauzado a los trámites de resolución voluntaria y personal del conflicto y todo ello en aras a procurar la necesaria atenuación de las tensiones a fin de procurar el pacífico desenvolvimiento de las relaciones entre ambos progenitores, lo que indiscutiblemente y en definitiva ha de redundar en beneficio de los menores.

Consecuentemente a lo anterior ha de estimarse el recurso y revocar la sentencia de instancia en el sentido de absolver al recurrente de la falta por la que venía condenado, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de ambas instancias, conforme a lo establecido en el artículo 239 y siguientes de la LECr.

En aquellos otros hechos de poca entidad o medianamente graves, sin ser bagatelarios, podría procurarse la conformidad con la acusación.

Ya en la criminalidad grave cabría plantearse si el procedimiento de mediación y sus efectos reparadores podrían jugar como atenuante de la pena, o incluso como medida de suspensión de la misma, inclusive ubicando la reparación en la fase de ejecución penal que alcanzaran, en todo caso, consecuencias beneficiosas para el reo.

El artículo 144, en sus números 3 y 4 también prevé que la institución de mediación o el mediador comunicarán el inicio y la finalización del procedimiento de la mediación, con su resultado, al Ministerio Fiscal. Lo que debemos, sin duda, relacionarlo con lo previsto en el número 1, en lo relativo a cuáles son los efectos de introducir el acuerdo de mediación en el proceso judicial y si se diferencia o no según sus fases, tanto por sus efectos en cada una de ellas, como por la posible suspensión o no del proceso judicial.

No cabe sino remitirnos a lo dispuesto en el artículo 145, según el cual, cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal podrá suspender las Diligencias de Investigación mediante decreto si lo considera oportuno.

## V. LOS GRANDES CAMBIOS INTRODUCIDOS POR EL BORRADOR QUE SE HACEN PRECISOS PARA INTRODUCIR LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL

### 1. *La acción penal*

El principio acusatorio informa de quién inicia el proceso y quién fija su objeto, pero cabe dar un paso más y referirse a quién debe aportar al proceso los

hechos y las pruebas de los mismos —facultades materiales de dirección del proceso—.

En cuanto a la aportación de los hechos al proceso, es claro que, por regir en nuestro sistema procesal penal el principio acusatorio, corresponde a persona ajena al juzgador el determinar el objeto del proceso, aunque deba ser el juez quien lo fije tras el juicio de acusación. Por ello, el órgano jurisdiccional que ha de dictar la sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de acusación, pues ello comportaría su conversión en acusador. Esto es, el principio acusatorio exige que todos los hechos que sirvan para la identificación del objeto del proceso sean introducidos y mantenidos, hasta el trámite de las calificaciones definitivas, por una persona distinta al órgano jurisdiccional, de manera que no pueda decirse que ésta ha tomado parte activa en la construcción o sostenimiento de la tesis acusadora a lo largo del proceso, lo cual salva la imparcialidad en su aspecto más externo.<sup>9</sup>

Sentado lo anterior, entendemos que el principio acusatorio exige el ejercicio y sostenimiento de la acción por un órgano público o privado distinto e independiente del que ha de juzgar, únicamente para que pueda iniciarse y desarrollarse el juicio oral.<sup>10</sup> De manera tal que en el proceso penal y el principio acusatorio ha de ser entendido en el sentido de que no hay proceso sin acusación, y el de contradicción, traducido en que no hay condena sin proceso, así bien “la acusación nos lleva al proceso, y el proceso nos lleva a la condena o absolución”.<sup>11</sup>

En este marco, el artículo 88 del Borrador prevé que constituye objeto necesario del proceso penal la acción penal fundada en la atribución de la comisión de un hecho punible al pretendidamente responsable, mediante la cual se solicita al tribunal la imposición de la sanción legalmente prevista.

Pues bien, siendo la acción penal el objeto necesario del proceso penal, se la califica como pública y por ello se atribuye su ejercicio al Ministerio Fiscal —art. 89—. En total conexión con ello, el artículo 55 prevé que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Fiscal, que habrá de interponerla y mantenerla ante el tribunal competente cuando entienda que al encausado se le debe imponer sanción penal conforme a la ley. Todo lo que no obsta para que, en los casos y en las formas previstas por dicho código, también puede ser ejercitada por el acusador particular y popular —art. 89—.

En este sentido, siendo la víctima todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido el daño personal o patrimonial para tratar de prevenir el delito o auxiliar a la víctima en el momento de la comisión del hecho punible o inmediatamente después —art. 59—, podrá ejercitarla con plena autonomía respecto a otras partes acusadoras —art. 65—.

<sup>9</sup> DÍAZ CABIALE, José, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, Comares 1996, p. 362.

<sup>10</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “El juicio oral”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 776 y 777.

<sup>11</sup> LÓPEZ-PUIGGERVER, Viada, “Correlación entre la acusación y la sentencia”, RDP, núm. 2, 1959, p. 433.

También se podrá ejercitar la acción popular; la acción interpuesta por persona que no ha resultado ofendida ni perjudicada por el delito, la que igualmente podrá ser ejercida con plena autonomía respecto a otras partes acusadoras —art. 69—.

No obstante, la acción popular tan sólo podrá ejercitarse para la persecución y sanción de determinados delitos, a la sazón —art. 71—:

- a. Prevaricación judicial
- b. Cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y por particulares partícipes en los mismos.
- c. De cohecho de los artículos 419 a 472 CP.
- d. De tráfico de influencias de los artículos 428 a 430 CP.
- e. Contra la ordenación del territorio y el urbanismo de los artículos 319 y 320 CP.
- f. Contra el medio ambiente de los artículos 325 a 331 CP.
- g. Electorales de los artículos 139, 140, 146, 149 y 150 LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral general.
- h. Provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del artículo 510 CP.
- i. Terrorismo.

## *2. Sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad*

Con independencia de la personación en el proceso penal de la acusación particular o popular, el Ministerio Fiscal estará obligado a ejercer la acción penal, siempre que entienda suficientemente fundada la atribución del hecho punible al encausado, salvo que concurra motivo bastante para la suspensión o sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad —art. 90—.

A partir de esta última, cabe recordar que el principio de legalidad hunde sus raíces, por un lado, en el positivismo legalista del movimiento codificador del siglo XIX, como por otro en las doctrinas retribucionistas de la pena. De forma tal que es la ley la que proporciona al Ministerio Público parámetros seguros para el ejercicio de la acción penal.

Si bien ello es así, en la actualidad cabe plantearse la introducción del principio de oportunidad en nuestro proceso, sin que quepa oponer que el principio de legalidad, de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Fiscal, viene exigido por la Constitución, de preceptos tales como el 9.3, el 25.1 y el 124, así como del 24 y 117.1, pues semejante afirmación merece matizaciones.

En primer lugar, parece evidente que tanto la legalidad que garantiza el artículo 9.3 CE como el artículo 25.1 se vinculan con el principio de legalidad penal, pero no se refieren al ejercicio de la acción penal, cuya obligatoriedad tiene rango legal, pero no viene obligado por la Constitución. En segundo lugar, la referencia al artículo 124 del texto constitucional, donde se regula el Ministerio Fiscal, no

puede acogerse del modo en que viene formulado, no sólo porque la norma fundamental inmediatamente después de ordenar que el Fiscal promueva la acción de la justicia en defensa de la legalidad añade “y del interés público tutelado por la ley”, de modo que ese interés ya no es exactamente la ley o, al menos, no aparece explícita y directamente en la ley porque, si así fuera, el inciso holgaría; pero es que, además, el Ministerio Fiscal, que sin duda ha de ser guardián de la ley, debe atender la satisfacción de otros intereses, como el interés social al que también menciona el artículo 124, de modo que una lectura completa del precepto constitucional conduce a atribuir al Ministerio algo más y algo distinto del mero ejercicio del principio de legalidad.

Por otra parte, se sostiene que la sujeción del fiscal a la ley no puede ser ni menor ni de otro género que la del juez, y que el ejercicio obligatorio de la acción penal es algo connatural al principio de legalidad, pero en estas consideraciones se pierde de vista que el sometimiento del juez a la ley, más allá de la interpretación de las normas, es una característica esencial del mismo y un correlato de su independencia, pero no cabe referirse en los mismos términos al Ministerio Fiscal, pues precisamente la Constitución, ni ordena que esté sometido únicamente al imperio de la ley ni proclama su independencia, sino, al contrario, que está sometido al principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

Pues bien, en cualquier caso, en la actualidad, el principio de legalidad rige por lo general en nuestro actual proceso penal, donde se exige al Ministerio Fiscal que promueva su iniciación y que presente la acusación siempre que considere que existen motivos para ello (arts. 100 y 105 LECr). Por consiguiente, la ley procesal no parece dejar, en principio, margen alguno a la apreciación de las circunstancias específicas de cada caso, que sean ajenas a las establecidas en la ley penal sustantiva o en la ley procesal para eludir esa actuación.

De permitirse la entrada del principio de oportunidad a nuestro proceso significaría que el fiscal tendría la facultad de adoptar en un caso concreto una determinada postura basándose no sólo en consideraciones jurídicas, sino también en atención a consideraciones extralegales o políticas. Se trata de conjugarse el debido juego entre el principio de oportunidad y el de legalidad, por varias razones:<sup>12</sup>

- Razones de interés social o utilidad pública en las que se baraje; por un lado, la falta de interés público en la persecución del delito, por su escasa lesión social; por otro, que se estimule la pronta reparación de la víctima, y, por último, que se eviten los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad. Esto nos permitirá sin duda introducir mecanismos de justicia reparadora como la mediación.
- Contribuir decisivamente a la consecución de la justicia material por encima de la formal.
- Favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

<sup>12</sup> ARMENTA DEU, Teresa, “La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 58, 2000, p. 278.

- Constituir el único instrumento que permite tratar diferenciadamente los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución.

En todo caso, junto a estos argumentos cabe, como pone de manifiesto Conde Pumpido,<sup>13</sup> dar dos o más que pertenecen al área de los principios y de la praxis. Desde el primer punto de vista, se trata de reconocer que, en el proceso penal, al lado de espacios de conflicto, deben existir espacios de consenso. Mientras la criminalidad más grave es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que determinen y clarifiquen el conflicto, la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva y constitutiva de hechos aislados y no repetibles en la vida de su autor, debe conducir a soluciones de consenso, que contribuyan a la no estigmatización de quien, por la ocasionalidad de su infracción, no es propiamente un delincuente. En tales casos la búsqueda de la pacificación del proceso a través del consenso es un imperativo ético jurídico y el mantener en este terreno a ultranza el principio de legalidad es con frecuencia convertir un proceso público, como el penal, en instrumento de intereses puramente privados.

Desde el otro punto de vista, el de la praxis, el verdadero argumento se asienta en que solo el principio de oportunidad —siempre reglado, siempre bajo la definición y el control de la ley— permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado de los hechos punibles, eligiendo la persecución de aquellos en los que existe un verdadero interés social de punición y excluyendo las bagatelas penales, esto es, los hechos con un mínimo interés social y en los que la pena carece de significación. Situaciones análogas, que debieran dar lugar a prescindir de la regla de la legalidad pura serían todas aquellas en que el castigo del hecho típico se revelase como causante de males e injusticias mayores que los que provocaría su impunidad, ora por tratarse de residuos de una legislación obsoleta y no asumidos ya como reprochables por la sociedad, ora porque el propio interés de la víctima aconseje evitar la publicidad del enjuiciamiento, ora porque las condiciones del hecho y su autor aconsejen sustituir la pena por otro tipo de sanción o medida jurídica más adecuada.

Por tanto, el fiscal, además de valorar la legalidad de su decisión, valorará también si ésta es oportuna, conveniente o adecuada. De hecho, y como dice Beling,<sup>14</sup> en el orden jurisdiccional penal el principio de oportunidad implica que, “aceptándose el principio de investigación oficial combinada con el de acusación formal se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razón de nimiedad de la infracción (mínima *non cura praetor*) o por temor a costos procesales considerables. El principio de

<sup>13</sup> CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal, Revista del Poder Judicial. Número Especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, vol. 6, 1989, p. 24.

<sup>14</sup> BELING, E., *Derecho Procesal Penal*. Traducción y notas de Fenech, Barcelona, ed. Labor, 1943, p. 25.

legalidad niega tal facultad a la autoridad encargada de la acusación, mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede”.

Una vez reconocido tal principio de actuación al Ministerio Fiscal, cabe distinguir dos grandes sistemas; el segundo es por el cual se decide el Borrador. Por un lado, el principio de oportunidad libre, tratándose de la libertad absoluta por parte de quien ejerce el *ius puniendi* para determinar en cada caso concreto cuándo se ejerce el poder represivo del Estado y de qué manera. Como consecuencia, el fiscal podrá determinar con total disponibilidad qué conductas se persiguen teniendo una total disponibilidad del *ius puniendi* estatal. Resulta evidente que tal concepción no puede ser admisible en un Estado de Derecho, donde los poderes públicos están sometidos al imperio de la ley, por ello el principio de oportunidad libre no tiene cabida para el fiscal en la esfera de lo previsto en el artículo 124 de nuestra Constitución.

Este principio, así configurado, es propio del sistema procesal norteamericano, en donde la legitimidad democrática directa del Ministerio Público constituye una singularidad de este modelo, que lo aleja del modelo continental europeo. En efecto, los fiscales estatales son elegidos por sufragio libre. Mientras los fiscales federales son nombrados y destituidos por el Presidente de los EEUU, previa consulta y consentimiento del Senado. A pesar de todo lo cual se hallan ubicados en el Poder Ejecutivo.

La figura del Fiscal se caracteriza por no pertenecer propiamente a una carrera, pues en el nivel superior existe un cargo político y en el inferior se trata de un empleo temporal para un abogado. En este marco, no existen criterios de unificación en su actuación, no habiendo órdenes de obligado cumplimiento ni generales ni particulares en materia de acusación.

Frente al principio de oportunidad libre se halla la reglada, según la cual, ya en la incoación o durante la tramitación se abre la posibilidad de extinguir o suspender la instrucción.

De forma tal que han de prever se unos motivos genéricos de sobreseimiento por razones de oportunidad, fijándose en razones de política criminal o de interés público que desaconsejen la apertura del juicio y la irrogación de una pena privativa de libertad.

Esta es la fórmula acogida por el borrador, que en ningún caso contraría nuestra Constitución. En efecto, estando de acuerdo con lo manifestado por Conde-Pumpido,<sup>15</sup> consideramos que la oportunidad reglada es una necesidad en los países de nuestro entorno democrático como un medio de evitar procesos sin contenido socialmente trascendente y de anticipar la resocialización de los delincuentes primarios, de hecho “la oportunidad reglada no contradice la legalidad, siempre que sea la propia ley la que fije los supuestos en que puede ser utilizada y determine los criterios o condiciones para su aplicación, y de introducirse por el legislador la oportunidad reglada, deben preverse los mecanismos de control

<sup>15</sup> CONDE PUMPIDO, Cándido, “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. especial VI, Madrid, 1989, pp. 35/6.

judicial de la aplicación que de la misma haga el fiscal, lo que permitirá si tal uso se acomoda a las condiciones impuestas en la ley”.

Así bien, el que se abogue por la introducción de la oportunidad, no supone contraponerlo necesariamente al principio de legalidad, como criterio de actuación del Ministerio Público, pues el uso de la discrecionalidad no rompe la legalidad cuando es la propia ley quien la autoriza y más aún si al autorizarla le fija sus límites.<sup>16</sup>

En este sentido se pronuncia el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto del Código Penal de 1992, en el cual indica que el principio de legalidad concebido retributivamente coloca al Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, por más que pueda ser inútil o contraproducente; sin embargo, la legalidad,

no se quebranta porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras más leves, o por medidas o simplemente pueda renunciarse a ella. Y esta conclusión se proyecta sobre el proceso: el principio de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Público debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés social en el casito, o el presunto culpable ha sufrido ya una pena natural u otro tipo de circunstancias o compensaciones hacen innecesario el recurso al derecho criminal, siempre desde luego, con la posibilidad de ulterior control judicial.

Al respecto, también cabe recordar la Recomendación (87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre, en cuanto prevé que la facultad de aplicar el principio de oportunidad en la persecución de los hechos delictivos ha de estar prevista en la ley y adoptada cuando existan indicios suficientes de culpabilidad, y teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, las circunstancias y consecuencias de la misma, la personalidad del infractor, los efectos de una eventual condena, la situación de la víctima, garantizándole siempre el derecho a la reparación de los daños. Al tiempo, previene que el archivo puede ser incondicionado o sujeto a determinadas condiciones y previa audiencia del imputado.

Tengamos para tales efectos en cuenta que, el Fiscal de Europa, desde la Revolución Francesa ha sido por definición garante de la legalidad y ello ha tenido su reflejo en el proceso penal, en el deber de éste de obrar con imparcialidad porque ha de buscar la verdad material. En este marco, son varios los países,

<sup>16</sup> Algunos autores han llegado a considerar esta oportunidad reglada como una manifestación singular del principio de legalidad, así Ruiz Vadillo, Enrique, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Jornadas sobre la Justicia penal en España*, Madrid, 24-27 de marzo de 1987, 3ª ponencia, Revista del Poder Judicial, número especial II, pág. 68, quien entiende que cuando la ley concede cierto arbitrio al Fiscal o al Juez, no se está, al hacer uso de ese arbitrio, en el terreno de la oportunidad, sino haciendo uso de los que la ley dispone. En tales casos, la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa.

Alemania,<sup>17</sup> Bélgica, Noruega, Portugal,<sup>18</sup> Irlanda, Dinamarca, Luxemburgo, Polonia, algunos cantones Suizos y Francia, en los que se prevé expresamente que en determinados supuestos el Ministerio Público pueda tener un cierto margen de libertad, aunque ciertamente el grado de oportunidad será diferente de un país a otro, pero existe un común denominador en los mecanismos de control y fijación de los supuestos en los que el fiscal puede apartarse de la legalidad. En definitiva, será la propia ley la que autorice al Fiscal a disponer de la acción penal y se arbitran mecanismos que evitan que pueda ser utilizado de un modo perverso por él.

De hecho, este modo de actuación fue recomendado en la Reunión de Helsinki de 1986:<sup>19</sup>

- 3.a. El Ministerio público o prosecutor debe tener responsabilidades de abstenerse de acusar en base a ciertas condiciones que vinculen al imputado de una infracción.
- 3.b. Deben desarrollarse normas legislativas o administrativas en orden a la fijación de las condiciones que puedan ser impuestas en la decisión de abstención.
- 3.c. El objetivo principal de esas condiciones debe ser la mejoría del comportamiento del infractor y la compensación a la víctima de la infracción.
- 3.d. Las condiciones impuestas no deben restringir los derechos políticos del imputado ni deben tener naturaleza punitiva.
- 3.e. Las condiciones que pueden ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que pueden ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de condena.
- 3.f. Particularmente, en el caso de infracciones relacionadas con el uso de drogas o del alcohol debe ser considerada como una posible condición la posibilidad de sujeción a tratamiento médico o sumisión a vigilancia.

<sup>17</sup> En la legislación alemana existe un mecanismo de control de la decisión del Ministerio Público, así, en un sistema en el que el Fiscal tiene el monopolio de la acción penal y domina el proceso que el Juez no puede iniciar de oficio, la refección de la acusación de aquél sustrae el hecho a toda posibilidad de enjuiciamiento, aunque éste fuera procedente. Sin embargo, el ofendido o perjudicado, que ha acudido al Fiscal para que éste inicie la persecución, podrá ver satisfecha su pretensión, si es desconocida indebidamente por el Fiscal, cuando, tras haberle sido notificada la decisión de no tomar en cuenta la instancia o cerrar la investigación sin pedir la iniciación del proceso formal, puede acudir al superior del Fiscal y si tampoco es atendida su pretensión, iniciar el llamado procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública. En este proceso se obligará al Ministerio Fiscal a interponer la querrela, salvo que se estime que no existen suficientes bases para afirmar el indicio de un delito, o cuando, existiendo esas bases, se trata de uno de los supuestos en que la ley autoriza al fiscal a prescindir de la persecución.

<sup>18</sup> En Portugal también existe un control de la decisión del Fiscal a través de tres vías: en primer lugar, en el plazo de 30 días a partir del acuerdo de archivo, el superior jerárquico del Ministerio Público puede ordenar que sea formulada acusación, salvo que el asistente (acusador particular) hubiera requerido la apertura de la instrucción. En segundo lugar, el acuerdo del Juez se hace necesario tanto para el archivo de las diligencias de investigación por tratarse de delito al que el tribunal puede dispensar o suspender la pena, como para el supuesto en que el Fiscal decida la suspensión provisional de la acusación. Por último, existe un control social que se produce a través de la facultad del asistente (acusador particular) de requerir la apertura de una instrucción judicial en los casos en que el Ministerio Fiscal no haya deducido acusación

<sup>19</sup> “Non-Prosecution in Europe (Proceeding of the European Seminar)”, en Publicaciones del *Helsinki Institute for Crimen Prevention*, núm. 9, 1986.

Pues bien, en el sistema previsto por el prelegislador en el Borrador, se prevé que cabrá el sobreseimiento por razones de oportunidad:

- a. Cuando el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias.
- b. Si el delito se imputare a una persona jurídica, cuando ésta carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente.
- c. Cuando la causa hubiera sido suspendida, conforme al artículo siguiente, por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente.
- d. Cuando la sanción que pudiera llegar a imponerse al encausado por el hecho sea irrelevante a la vista de la condena que le haya sido impuesta en otro proceso o que le pueda llegar a ser impuesta en el mismo proceso.
- e. Cuando el autor participe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado.
- f. Cuando el autor o participe en un delito leve o menos grave denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y el sobreseimiento facilite la persecución de la extorsión o las amenazas.
- g. Cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o participe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público.

El prelegislador ha perdido la oportunidad de regular, entre los supuestos de sobreseimiento por razón de oportunidad, aquellos casos en los que víctima y encausado se hubieren sometido a un procedimiento de mediación, y en él hubieren llegado a acuerdos, siendo la infracción de escasa gravedad.

De cualquier forma, y en conexión con lo anterior, parece claro que en la medida en que el órgano de investigación sea el Fiscal, resulta más eficaz la efectiva implantación del principio de oportunidad; si la incorporación del principio de oportunidad no se incardina al inicio del proceso, la conexión desaparece.

En este sentido, en el Borrador se prevé que será el Ministerio Fiscal el que deba apreciar y valorar si existen motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad, y siendo así, se instará al Tribunal de Garantías para que lo acuerde. Es éste el que debe ejercer el control sobre la solicitud de sobreseimiento, pudiendo únicamente denegarlo y por lo tanto ordenar la continuación del proceso, si existe parte acusadora personada en la causa que manifieste su voluntad de sostener la acción penal y ofrezca motivo fundado para efectuar el enjuiciamiento del hecho en interés de la justicia —art. 91.2—.

Desde luego que los modelos pudieran ser múltiples, y según el que se adopte, los efectos sobre el principio de oportunidad son diversos. Así cabe el modelo italiano, en el que el Fiscal es independiente, rigiendo la obligatoriedad de la acción penal, y precisándose la intervención del *Giudice per le indagini preliminari* para adoptar medidas que afecten derechos fundamentales, controlar los tiempos de las investigaciones preliminares y del mismo ejercicio de la acción penal, así como decidir sobre los resultados de las investigaciones preliminares del Fiscal o la imputación.<sup>20</sup>

El alemán configura una fiscalía dependiente del Ministro de Justicia del *Land* correspondiente, aunque ejercita facultades discrecionales sobre la acción penal en delitos castigados con penas de hasta un año.<sup>21</sup>

Por su parte, en Portugal, la investigación la lleva el Fiscal, pero el Juez de Instrucción controla después la investigación llevada a cabo, y puede completarla si así lo estima necesario y otro acusador lo solicita. Además, el mismo juez intervendrá en la adopción de toda medida que afecte derechos fundamentales, estando sometido en todo caso el Fiscal al principio de legalidad.<sup>22</sup>

En este tipo de proceso penal, se distingue con claridad entre la investigación del Fiscal, de carácter obligatorio y dirigida a fundamentar la decisión de formular o no acusación, y la instrucción que, por imperativo Constitucional, ha de ser judicial, teniendo carácter facultativo, a petición del acusador o del acusado, y con la finalidad de decidir someter o no la causa de enjuiciamiento, esto es, de autorizar o negar judicialmente que continúe adelante la acusación formulada.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991.
- BERNAL SAMPER, Trinidad, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2002.
- DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo, *Justicia criminal consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- DÍAZ CABIALE, José, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, Granada, Comares, 1996.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro Manuel, “Mediación Penal: cuestiones a considerar en su regulación en España”, en Simposio sobre Tribunales y me-

<sup>20</sup> SPATARO, Armando, *Sistemas de proceso penal en Europa*, Italia, Colex, 1999, p. 231.

<sup>21</sup> Armenta Deu, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 74 a 138.

<sup>22</sup> ORLANDO VIEGAS MATINS A/JOAO ALBINO R/ATIDE DAS NEVES/MOURANZ LOPES, J., “El sistema judicial portugués: ralitas y critiques”, en informe *Pi y Sunyer sobre la justicia a Catalunya*, 1998, pp. 635 y ss.

diación. Nuevos caminos para la justicia. Comunicaciones, 18-19 de junio de 2009.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “El juicio oral”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969.

SPATARO, Armando, *Sistemas de proceso penal en europa*, Italia, Colex, 1999.

VON BELING, Ernst., *Derecho Procesal Penal* (trad. y notas de Fenech), Barcelona, Labor, 1943.

### *Hemerografía*

ARMENTA DEU, Teresa, “La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 58, 2000.

CGPJ. Fiscalía General del Estado. Cursos de Formación continua 2006. 6, 7 y 8 de noviembre 2006.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido, “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, *Revista del Poder Judicial*, núm. Especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, vol. 6.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “Notas sobre la justicia procesal (alternativa, negociada, restaurativa o reparadora)”, en *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la LO 1/2004*, Dir. Castillejo Manzanares, Santiago de Compostela 2014.

INFORME DE LA COMISIÓN, de 20 de abril de 2009, de conformidad con el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (COM (2008) 166 final).

LÓPEZ-PUIGGERVER, Viada, “Correlación entre la acusación y la sentencia”, RDP, núm. 2, 1959.

“NON-PROSECUTION IN EUROPE (proceeding of the European Seminar)”, en *Publicaciones del Helsinki Institute for Crimen Prevention*, núm. 9, 1986.

VIEGAS MATINS, Orlando, et al, “El sistema judicial portugués: ralitas y críticas”, en *Informe Pi y Sunyer sobre la justicia a Catalunya*, 1998.

RUIZ VADILLO, Enrique, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en Jornadas sobre la Justicia penal en España, Madrid, 24-27 de marzo de 1987, 3ª ponencia, *Revista del Poder Judicial*, número especial II.

### *Páginas electrónicas*

<https://es.slideshare.net/mariadaza3958/recomendacin-2006-8-ct-mtros-consejo-de-europa-traduccion>.

<https://es.slideshare.net/mariadaza3958/recomendacin-2006-8-ct-mtros-consejo-de-europa-traduccin>.