

LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA: PRESENTE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO: I.- INTRODUCCION. II.- REGULACION DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO EN EL MOMENTO ACTUAL: II.- 1.- La Mediación en la Jurisdicción de Menores. II.-1. A) La mediación durante la instrucción del Ministerio Fiscal. II.-1. B) La mediación después de la sentencia, durante la fase de ejecución de la medida. II.- 2.- La Mediación en la Jurisdicción de Adultos. II.- 2.- A): Tipos delictivos susceptibles de proceso de mediación. II.- 2. B): Fase procesal y efectos del proceso mediador. III.- PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA MEDIACION PENAL EN LOS DISTINTOS PROYECTOS LEGISLATIVOS EN CURSO: Borrador de Código Procesal Penal, Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito y Proyecto de Reforma del Código Penal.

José Luis Cuesta Merino.
Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Castellón

LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA: PRESENTE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO:

I.- INTRODUCCION:

Con frecuencia el término de mediación viene a confundirse con la **justicia penal negociada**, con la solución consensuada de conflictos entre las partes acusadoras y acusadas, con olvido de la verdadera naturaleza de la institución, y, en consecuencia, en detrimento de la trascendencia que conllevaría su introducción y regulación en el marco de la Justicia Penal. La conformidad¹ a la que pueden llegar las partes en el castigo de un determinado hecho delictivo sigue enmarcada en el concepto tradicional de **Justicia Retributiva**. Es un pacto entre acusación y defensa con un claro tinte pragmático y utilitarista que se lleva a cabo de espaldas incluso a la propia víctima, salvo que ésta se haya personado como acusación particular, pero no tiene nada que ver con la Justicia Reparadora o Restaurativa.

En la concepción tradicional del Derecho penal la idea de Justicia está basada en torno a la noción de castigo y la pena es el elemento fundamental del sistema. Su imposición es el justo castigo al delito cometido y sirve a los fines de la prevención general y especial, reconcilia a la colectividad con la idea de justicia, al reafirmar con su imposición la vigencia de la norma y sus valores, sacia el deseo de venganza colectiva, y con el castigo se pretende evitar que el autor vuelva a cometer nuevos hechos delictivos por medio de su inocuización e intimidación, al mismo tiempo que sirve también de elemento amedrentador para el resto de potenciales candidatos al delito. Desde esta perspectiva la conformidad solo es un mecanismo de aligerar la carga de trabajo de los Tribunales, o una forma simplista de recompensar el reconocimiento de los hechos o el pago de la indemnización con una rebaja de la pena.

¹ “La conformidad del acusado constituye una clara expresión de la justicia pactada, cuyo origen se encuentra en los procedimientos de plea bargaining y de guilty plea, que se vienen aplicando sistemáticamente desde finales del S. XIX en los Estados Unidos de América; y que desde hace un cuarto de siglo están teniendo una entrada triunfal en el Derecho procesal penal de los países europeos (con esa misma denominación en Gran Bretaña y con otros nombres en países como Alemania, «absprache», Italia, «patteggiamento», etc.). Se trata de una institución de naturaleza compleja, en virtud de la cual la parte pasiva del proceso penal otorga su consentimiento, que prácticamente vincula al Tribunal, para que se le imponga la pena solicitada por la parte acusadora, o la más grave de las pedidas si fueran varias las acusaciones (Ministerio Fiscal y acusador particular, por ejemplo). Lógicamente, obteniendo el acusado algún beneficio a cambio”. José Manuel Chozas Alonso: Diario La Ley, Nº 8129, Sección Tribuna, 18 Jul. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.

Pero, como afirma Esther Gimenez Salinas², “la conciliación-mediación-reparación, no es una forma de justicia más rápida, como se ha querido presentar a menudo, sino al contrario, llegar a un proceso de conciliación puede ser más laborioso que la imposición de una pena. La reparación no es una manera de agilizar la justicia, de “sacarse” casos, sino de introducir en términos penales en sentido amplio, la posibilidad de una justicia negociada. **La mediación y la confrontación son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente, de una participación activa para llegar a resolver el conflicto.** Surge así la idea de un modelo de intervención en que el Estado opta por ceder el protagonismo a los particulares interesados y consolidar un papel subsidiario. La nueva estrategia es devolver el papel al autor y a la víctima. La víctima puede hablar, expresarse, pedir e incluso se le reconoce el derecho a ser compensada (económica, pero también emocionalmente). Para el autor la víctima es de carne y hueso, conocerá el daño y entenderá que la única manera de responder es reparando”.

El convencimiento de los insatisfactorios resultados que se consiguen con este modelo tradicional de justicia penal desde el punto de vista de la víctima³ y del propio delincuente, es lo que ha producido, tanto desde el plano doctrinal como a nivel legal e institucional⁴, la búsqueda de otros modelos en los que, otorgando una mayor participación y presencia a la víctima del hecho delictivo, sirva también para resolver el conflicto que subyace tras el hecho delictivo, devolviendo la resolución del mismo a la comunidad y a sus auténticos protagonistas. Nace así la Justicia Restaurativa⁵ o

² Esther Giménez-Salinas Colomer: “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, en “Menores privados de libertad”. Cuadernos de derecho Judicial, 1996, página 66. La mediación supone el nacimiento de una nueva ideología, para la mayoría inspirada en las palabras de Nils Christie, en 1972 en Inglaterra, expresada ya en la famosa frase que los jueces y abogados se han convertido en “ladrones del conflictos” y que hay que devolver a la sociedad civil su posibilidad de solucionar el conflicto. Para él los “propietarios” del conflicto han de ser los únicos capacitados para resolverlo.

³ Cada vez es mayor la desconfianza hacia el sistema penal. *Este no solo no aporta una verdadera respuesta a la víctima del delito, sino que el proceso necesario para imponer el castigo viene a ser con frecuencia una experiencia negativa y dolorosa, produciendo nuevas situaciones de victimización.* El derecho penal moderno había neutralizado a la víctima del delito, y salvo su potestad de convertirse en parte o figurar como simple testigo, estaba ausente de la solución del conflicto. Como se ha reseñado, la víctima era el convidado de piedra. A través de la Justicia Restaurativa se invierten los papeles y la víctima asume un mayor protagonismo como desde el punto de vista criminológico le corresponde.

⁴ Uno de los primeros hitos internacionales que se citan son las conclusiones del VI y VII Congresos de la ONU para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente en las que se recomendaba a la Asamblea General una declaración específica sobre las víctimas, que finalmente fue aprobada por Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 titulada “*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*”, en la que se reconocieron a las víctimas de los delitos los derechos de información, participación, asistencia, protección y reparación o indemnización, y se recomendaba el establecimiento y reforzamiento de mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de Justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas

⁵ Justicia restaurativa que ha sido definida por Julián Carlos Ríos Martín como “*la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados*, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”, (www.unad.org/upload/36/78/PONENCIA_MEDIACION_PENAL). Se trata no solo de humanizar un modelo de justicia obsesivamente centrado en la idea de castigo y la expiación, sino de reformular todo desde el diálogo, la reparación del daño, la nivelación de las asimetrías

Reparadora, como prefieren denominarla algún dogmático, que es incluso proclamada por muchos de sus partidarios como un nuevo paradigma, como una tercera vía alternativa al modelo tradicional de justicia retributiva y al modelo, supuestamente fracasado, de justicia rehabilitadora. Siguiendo a Josep María Tamarit Sumalla⁶, “es incluso esgrimida como alternativa al paradigma punitivo, como vía de reacción social que censure el delito sin castigarlo, eso es, que en vez de la inflicción querida de un mal al ofensor aporte una respuesta socialmente constructiva que trate de reparar razonablemente el daño causado”.

En atención a los procedimientos y técnicas empleados, resulta también posible realizar una clasificación en diversas categorías de las modalidades de Justicia restaurativa que se ofrecen en el Derecho y práctica comparados. Siguiendo a Soletto y Gaciandía⁷, puede distinguirse las siguientes tipologías:

a) VOM (*victim-offender mediation* / mediación entre víctima y ofensor)

Es la forma más extendida de instrumento de justicia restaurativa. Participan en ella el agresor, la víctima y el mediador. En ella, el diálogo es más importante que el acuerdo, siendo el objetivo empoderar a la víctima, permitir la responsabilización del agresor y contribuir a la reparación del daño producido. Dentro de esta modalidad de mediación puede distinguirse entre la mediación directa y la mediación indirecta. En la primera, generalmente conocida con el término inglés *caucus*, ambas partes participan directa y simultáneamente en las sesiones de mediación con el mediador, ya sea en encuentros cara a cara o mediante video o teleconferencia. En la mediación indirecta, por el contrario, las partes no se encuentran una a otra en ningún momento del proceso de mediación, sino que cada una se reúne por separado con el mediador. Es finalmente posible que la mediación se articule combinando ambas modalidades, con una primera fase de mediación indirecta a la que sigue una segunda fase de mediación cara a cara.

b) Conferencia de grupo familiar o conferencia comunitaria

Las llamadas Conferencias son una modalidad de justicia restaurativa que ha tenido un desarrollo constante desde la década de 1990, desde sus primeras experiencias en Nueva Zelanda y poco después también en Australia, hasta su actual extensión especialmente en países de habla inglesa como Canadá o Estados Unidos y, en particular, con resultados prometedores en la justicia de menores en Irlanda del Norte. También algunos países del área continental europea, de América Latina y de África han comenzado a aplicar este modelo, especialmente en el ámbito de la justicia de menores, con resultados igualmente prometedores.

Las conferencias son un mecanismo muy flexible, que varía mucho dependiendo de los ámbitos culturales y sociales en que se pone en práctica, por lo que resulta difícil dar una definición única que abarque todas sus variantes. De manera muy general, pueden caracterizarse como reuniones que tienen lugar después de la comisión de un delito respecto del que el delincuente ha reconocido los hechos y ha asumido su responsabilidad por el crimen. La reunión será principalmente entre el infractor, la víctima, sus respectivos grupos de apoyo y de su entorno, así como un facilitador, sin

sociales y de procurar propiamente la Justicia. No estamos, únicamente, en presencia de una nueva herramienta más humana del sistema penal, sino de una forma distinta de leer y cuestionar no sólo el sistema penal sino la propia estructura social. Se hace imprescindible humanizar el sistema penal y dignificar a quienes lo padecen (víctimas e infractores e incluso a los propios operadores jurídicos). José Agustín González-Ares Fernández: Ponencia sobre mediación en el I Congreso Internacional que tuvo lugar en Orense en octubre de 2012.

⁶ Josep M^a Tamarit Sumalla: “La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, en “Justicia Penal de Menores y Jóvenes”, página 50, Editorial Tirant Lo Blanch.

⁷ Soletto y Gaciandía: “La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional” (2012).

perjuicio de la posible incorporación de otros actores externos, como un representante de la policía, un trabajador social, un abogado, etc. El objetivo de estas conferencias es reflexionar juntos sobre el delito y sus consecuencias, en la búsqueda de una solución justa y aceptable para todos. Dicha solución se plasmará en un acuerdo que suele incluir una serie de tareas a cargo del infractor dirigidas a reparar el daño causado a la víctima, a la comunidad y a la sociedad en general. Se trata de procedimientos de Justicia restaurativa que se llevan a cabo en centros comunitarios, en colegios, e incluso en centros policiales o de protección de menores. Funcionan por tanto al margen del sistema de Justicia penal formal, por lo que no tienen relevancia procesal, es decir, el asunto no ingresa en el sistema de justicia y los tribunales no participan.

c) Círculos sentenciadores

Los círculos sentenciadores son análogos a la conferencia de grupo pero con participación del órgano jurisdiccional. En ellos, el tribunal hace el reenvío, monitoriza los casos y el cumplimiento de las reglas. Es incluso posible que el juez participe en el círculo, pero en principio su participación no es protagonista ni como facilitador. Su actividad se centra en plasmar en la sentencia el plan acordado, si bien puede participar más activamente cuando no se logra consenso. Los participantes pueden ser, como en el caso de la conferencia de grupo, del ámbito social de víctima y agresor. Su objetivo es buscar un consenso para entender lo que ha ocurrido y la forma de reparación.

d) Paneles restaurativos

Estos paneles son la respuesta comunitaria a las frecuentes incompetencias del sistema público de producir la reparación a través del proceso. En general, una vez que el agresor asume la culpa en el proceso penal, el juez le ofrece acudir al panel de restauración, que tras reunirse con él, discute con la víctima la reparación. El panel se forma con participación de ciudadanos y tiene amplia disponibilidad para establecer la reparación, que puede ser de carácter económico, pero que normalmente combina la restitución con medidas como trabajo para la comunidad, cartas para la víctima o petición de disculpas.

Esta forma de complementación del sistema de justicia se ha calificado como la menos restaurativa, pues el enfoque se realiza en la reparación, y la participación de víctima y agresor es limitada, si bien dependiendo de cómo se lleve a cabo se pueden alcanzar varios de los fines restaurativos.

e) Mediación comunitaria

A partir de la eclosión de las formas de resolución alternativa de conflictos y de justicia restaurativa de los años 70, y a la confluencia de las exigencias reparadoras y de empoderamiento social de los años 60, empezaron a crearse centros comunitarios que trabajaban en los barrios y escuelas, ofreciendo formación en resolución de conflictos a escolares, profesores y voluntarios. Estos centros comunitarios realizan mediaciones y facilitaciones en ámbitos escolares y vecinales no conectados con los tribunales, pero también mediaciones y facilitaciones civiles y penales por reenvío de la corte.

Este es también nuestro posicionamiento de lege ferenda. Los mecanismos de Justicia Restaurativa o Reparadora, y, principalmente la mediación, pueden coexistir perfectamente con los fines asociados a las penas y medidas de seguridad, e incluso contribuir positivamente a mejorar y humanizar el actual panorama de la Justicia Penal⁸

⁸ Un derecho penal orientado a la reparación es fundamentalmente un Derecho Penal de la resocialización. Un acto reparador implica no solamente la reparación de la víctima sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización de la norma. Como dice Gimenez-Salinas, en op. Cit., mencionando al mismo tiempo a Maier y a la doctrina alemana, “la reparación desde el punto de vista preventivo especial se valora como el mejor esfuerzo del autor para reconocer la injusticia cometida y reincorporarse a la comunidad jurídica además de superar los

tremendamente desgastado y deteriorado en el momento actual porque el único recurso al que ha acudido el legislador para mejorar la convivencia ha sido el de la creación de nuevos tipos penales, a veces duplicados, y la exasperación del rigor punitivo de los existentes. Frente a los problemas sociales derivados de la precariedad social y económica y de la desigualdad de oportunidades que subyacen detrás de la delincuencia marginal, o que son producto de otros factores etiológicos del crimen como la drogodependencia o las relaciones de dominación en la violencia de género, el recurso más fácil y menos costoso para el legislador ha sido la creación de más delitos, más penas y mayor duración de las mismas. Las cerca de 30 reformas legislativas que ha experimentado y sufrido el código penal de 1995 lo único que evidencian es la vana pretensión de **transmitir una mayor sensación de seguridad utilizando de forma simbólica el derecho penal** en lugar de afrontar con medidas de otra índole las causas que generan el crimen, o de introducir otras vías, como la analizada, para contribuir de forma más positiva a la pacificación social.

Con las sucesivas vueltas de tuerca en el Código Penal, a golpe de populismo y titular, España ha logrado el sistema penal más represivo de toda Europa occidental. A mismos delitos, un delincuente en España suele recibir una pena mayor, sin que haya constancia que esta dureza incida en la disminución de la criminalidad. Como recogía recientemente en un artículo periodístico Ignacio Escolar, la criminalidad ya era baja antes de estas reformas, que solo han servido para llenar las saturadas cárceles españolas. El tiempo medio de estancia en prisión se ha multiplicado por dos en las últimas dos décadas. Está en 18 meses, el triple que los países de nuestro entorno; el doble que la media de la UE.

España tiene un récord: es el país de Europa occidental con más porcentaje de su población entre rejas. Tenemos 159 presos por cada 100.000 habitantes; la media europea es de 96. En todo el continente solo nos ganan algunos países exsoviéticos o de la Europa del este, como Montenegro, Letonia o Lituania. La población reclusa se ha disparado durante los últimos 20 años. En 1990 había 33.058 presos. En 2010 eran más del doble: 73.929. La tasa de criminalidad española es bajísima, de las menores de Europa. Los delitos violentos en España son pocos, tanto si se analiza por el número de denuncias como si miramos el porcentaje de crímenes. El número de homicidios anuales por cada 100.000 habitantes hacen de España uno de los países más seguros del planeta: solo 0,85 homicidios voluntarios por cada 100.000 habitantes. Esta tasa de homicidios es un 65% menor a la media Europea (1,3), menos de una quinta parte de la estadounidense (4,75) o una fracción de lo que sucede en zonas con problemas de criminalidad, como Latinoamérica (25,49). Con el resto de los delitos violentos, los porcentajes son más o menos iguales.

Las penas medias son más altas. Las penas máximas, también. España no tiene cadena perpetua, en teoría. En la práctica sí. El tiempo máximo en prisión antes era de entre 25 y 30 años. Ahora, con las últimas reformas, ya son 40 años de cumplimiento íntegro. Es un castigo muy superior a cualquier condena vitalicia occidental; hay que irse a sistemas penitenciarios africanos o latinoamericanos (o a Texas) para encontrar una condena de 40 años íntegros. Es una cadena perpetua. La cadena perpetua en Alemania dura, de media, 18 años. En el Reino Unido, la media es de 14 años. En Francia, unos 20 años. Por ejemplo, el terrorista vasco francés Philippe Bidart fue condenado por un tribunal a dos cadenas perpetuas por varios asesinatos. Salió de la

problemas del tratamiento, ya que es limitada por definición, no consiste en la interiorización de un modelo y someterse a él, y no presenta ninguna de las desventajas de la privación de libertad y etiquetado social". "Y también significa que cuando el autor repara acepta públicamente la vigencia de la norma delante de la comunidad y se reafirma la prevención general positiva".

prisión francesa de máxima seguridad de Clairvaux a los 19 años; bastante antes que cualquiera de los etarras ahora excarcelados por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la doctrina Parot.

Esta alta tasa de población penitenciaria que viene caracterizando a España está acompañada, además, de uno de los índices de ocupación más altos de toda Europa, que refleja un sistema saturado con el 141% de ocupación, 37 puntos por encima de la media europea. Es bien conocido que las altas tasas penitenciarias de un país no siempre corresponden con los niveles de delincuencia que padece. En España, como se aludió, la delincuencia conocida a través de las encuestas está en niveles bastante moderados en comparación con el resto de países europeos y presenta un leve descenso en las últimas dos décadas. *Por lo tanto, el análisis de los datos oficiales expuestos, lejos de mostrar un aumento de la delincuencia en España, apunta a un fracaso de la política criminal española, embarcada en derroteros punitivos muy populistas, pero ineficientes e innecesarios desde el punto de vista económico, funcional y humano.*

En el momento actual sería conveniente, en terminología de Baratta, “deconstruir” el sentimiento de inseguridad y reconstruir la seguridad desde políticas más amplias que desde los siempre limitados efectos de la política criminal, así como la popular visión que se tiene de la justicia penal centrada exclusivamente en el “castigo de los malos”. Estos estrechos puntos de vista nos están llevando, cada vez más, a que siempre que se produce un crimen nuevo sobre un viejo problema que se ha intentado atajar exclusivamente con sucesivas reformas penales, las miradas y las críticas se tornen de inmediato hacia quienes tienen la función de aplicar la ley, en lugar de analizar, reflexionar, e incidir eficazmente sobre las causas por las que tales fenómenos se producen, se reiteran, y, finalmente, terminan cronificándose.

En primer lugar sería conveniente desmitificar los efectos que asocian mayor intimidación con incremento de la penalidad⁹, y resaltar los efectos negativos, en términos de desviación secundaria, que producen en ocasiones la propia intervención de los agentes de sociales de control formal como en su día puso de manifiesto la criminología crítica.

Más importante que la severidad es la **certeza** en la imposición de la pena a la hora de prevenir los delitos. El mismo Beccaria opinaba que a efectos de la prevención general era más importante proporcionar una pena cierta que una severa. “No es la crueldad de las penas uno de los frenos más grandes de los delitos, sino la infalibilidad de ellas”, decía en su famoso “Tratado de los delitos y de las penas”, “la certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor a otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres”. *Las experiencias criminológicas han demostrado que los delincuentes habituales prestan muy poca importancia a ser detectados o descubiertos y castigados, y que en el mejor de los casos, se inhiben por temor a la certeza de la pena y no por la severidad de ésta*¹⁰.

La misma reflexión habría que hacer respecto a la **inmediatez o prontitud** en su imposición. Como afirmaba el mismo Marqués de Beccaria: “la prontitud de las penas es más útil porque cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas delito y

⁹ “Una cosa es que se reconozca a las penas unos efectos preventivo-generales negativos (intimidación) moderados, y algo muy distinto que el aumento de la duración o el endurecimiento de las penas aumenten sus efectos preventivos”, Alfonso Serrano Maillo: Introducción a la Criminología. Dykinson 2005. Página 278.

¹⁰ Rosemary Barberet: “La prevención general y especial” en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ 1997: La criminología aplicada, pág. 141.

pena; de tal modo, que se consideran el uno como causa, y la otra como efecto consiguiente y necesario”. Sin embargo en nuestro país hemos tenido que ver recientemente la claudicación de los poderes públicos a remediar este mal endémico de la justicia penal introduciendo su propia incapacidad para resolver los procesos judiciales con eficacia reconociendo como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal “las dilaciones indebidas”. Realmente sobran comentarios.

Y, en segundo lugar, habría que potenciar los **instrumentos de justicia restaurativa** que pueden servir exactamente igual a los efectos preventivos asociados a la pena, pero a diferencia de la justicia retributiva, al mismo tiempo da cumplida satisfacción y protección a los derechos de la víctima, por esta razón, cualquier avance que se realice en esta dirección no cabe duda que contribuirá positivamente en una visión mucho más humana, positiva y eficaz de la administración de justicia penal en nuestro país.

II.- REGULACION DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO EN EL MOMENTO ACTUAL:

Con la salvedad de la Jurisdicción de Menores, aquella prodigalidad legislativa en el endurecimiento del sistema penal contrasta penosamente con la ausencia de iniciativas para introducir en nuestro ordenamiento alguno de los mecanismos propios de la Justicia Restaurativa a pesar de que desde hace tiempo vienen siendo reclamados por los organismos internacionales de los que formamos parte.

Esta anomia ha sido suplida con interés por parte de jueces, fiscales, secretarios judiciales, funcionarios de la administración de justicia, abogados, mediadores, administraciones, asociaciones y, sobre todo, víctimas y victimarios, que superando el vacío legal han realizado numerosos programas de mediación introduciendo esta vía restauradora en la práctica diaria de nuestros Tribunales, pero es evidente que lo que demanda aquel modelo de justicia no son meras iniciativas voluntaristas, sino una decisión de política legislativa enérgica que asuma de una vez por todas las bondades del sistema como ya se hizo en la Jurisdicción de Menores.

Como afirma Tamarit Sumalla en la obra mencionada¹¹, “si la evolución sigue el curso ya descrito en otros países, en que el derecho penal de menores ha servido de campo de prueba de las nuevas tendencias, la elaboración de criterios dogmáticos en el proceso de menores, que aquí hemos emprendido, permitirá el desarrollo futuro de la mediación reparadora en el Derecho y el proceso penal”

II.- 1.- La Mediación en la Jurisdicción de Menores:

A diferencia de la Jurisdicción de Adultos, en el proceso para exigir la responsabilidad penal de los menores la mediación se configura como una de las vías normalizadas de solución de conflictos, y, aunque en la regulación de la institución predominaban inicialmente criterios educativos vinculados con el interés del menor por encima de la satisfacción de la víctima, la admisión de la acusación particular¹², con

¹¹ Josep M^a Tamarit Sumalla: op. Cit. página 78.

¹² Así se reconocía inicialmente en la Exposición de Motivos que la “Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos. Sin embargo, esta participación se establece de un modo limitado ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción

ciertos límites en principio y con plenitud de derechos en la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, ha permitido conjugar con equilibrio ambos intereses. Respondiendo a aquella inicial tendencia, la Exposición de Motivos de la LO 5/20000 recoge que *“un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro”*. “La **reparación** del daño causado y la **conciliación** con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”.

II-1. A) La mediación durante la instrucción del Ministerio Fiscal:

Conjugando la figura de la mediación con el principio de oportunidad que también se reconoce en la ley, el artículo 18 recoge que “El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan **delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas**, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el art. 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado”.

El precepto es una de las concesiones que contiene la ley al ejercicio del principio de oportunidad al Ministerio Fiscal. Aunque el precepto restringe las posibilidades de desistir de la incoación de procedimiento alguno a los delitos menos graves no violentos y a las faltas, y tampoco alude a la mediación como presupuesto del desistimiento en este caso, no cabe duda que el Ministerio Fiscal puede valorar, cumpliéndose los requisitos legales antes expuestos y que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, la previa existencia de una mediación extrajudicial y hacer uso de la facultad que recoge el artículo 18 para no incoar procedimiento alguno.

En segundo lugar, y una vez iniciado el expediente de reforma el artículo 19 dispone, con una mayor amplitud que el anterior en relación con el catálogo de delitos en los que procede, que “también podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, **atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos**, y a la circunstancia de que además el menor **se haya**

popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor”. Estas limitaciones desaparecieron con la reforma del 2003.

conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave¹³ o falta.

A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, *se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.* Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil”.

Conviene resaltar la independencia de la mediación de la mera responsabilidad civil. No se trata de satisfacer simplemente la indemnización correspondiente con una visión puramente economicista de la misma. Además de la reparación pecuniaria se admiten otras formas de reparación psicológica como el reconocimiento del hecho y la petición de disculpas, y tanto estas como aquella son producto del proceso mediador y de la confrontación y diálogo entre el menor y la víctima, lo que proporciona un elemento añadido de extraordinaria importancia a la reparación de los perjuicios en aras a la efectividad de los principios asociados al derecho penal antes mencionados. Además cabe una reparación simbólica mediante el cumplimiento de la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe, lo que puede dar entrada también a vías restaurativas en los delitos sin víctimas o que afecten a intereses o bienes de la colectividad. La reparación aporta lo que necesita la víctima para recuperarse y recobrar su sentido de seguridad. A veces es tan solo información lo que necesita. Otras veces una reparación económica, o dejarle expresar su ira, etc. El concepto de reparación, por tanto, es más amplio que la mera restitución económica

La ley confiere al Equipo Técnico la realización de las funciones de mediación entre el menor y la víctima: “El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento” (art. 19.3 de la LO 5/2000).

Y, “una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente” (art. 19.4 y 5).

II.-1. B) La mediación después de la sentencia, durante la fase de ejecución de la medida:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.3 de la LO 5/2000, **“la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el art. 19 de la presente Ley, podrá dejar sin**

¹³ En este supuesto solo se requiere que el hecho sea delito menos grave o falta, y que no haya existido “violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos”. De conformidad con los artículos 13 y 33 del código penal, son delitos menos graves aquellos castigados con penas menos graves entre las que está comprendida la prisión de tres meses a cinco años.

efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”.

Este precepto ya no limita el catálogo de delitos a los que es aplicable la conciliación, incluyendo en consecuencia también los delitos graves. Únicamente desde el punto de vista preventivo general se exige que dicho acto “y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”.

Doctrinalmente es un artículo controvertido y son varios los inconvenientes que presenta. Desde un rechazo inicial del menor expedientado que puede optar por la estrategia de esperar al resultado del juicio porque siempre le cabe esta última oportunidad, hasta la negativa también de la propia víctima a participar en un proceso mediador cuando ya ha sufrido las consecuencias del correspondiente proceso y puede haber cerrado el duelo derivado del hecho delictivo, pero, como afirma Tamarit Sumalla, amén de responder a las expectativas de las directrices supranacionales de extender la mediación a todas las fases del proceso, en estos supuestos no se plantean conflictos con la presunción de inocencia, y también pueden existir supuestos en los que no habiéndose podido realizar una mediación con anterioridad, “deben considerarse en el ámbito de los menores las evoluciones personales y cambios de situación que pueden favorecer en un determinado momento lo que en otro anterior no prosperó”, y, además, en estos supuestos no se contempla como una alternativa a la sanción, sino como un complemento, pues ha de tenerse en cuenta tanto la conciliación realizada como el tiempo de medida ya cumplido a efectos de medir el reproche que merece el hecho delictivo cometido por el menor.

II.- 2.- La Mediación en la Jurisdicción de Adultos:

Salvando lo expuesto respecto de la Jurisdicción de Menores y la normativa existente en materia civil y mercantil, en el ámbito de la Jurisdicción Penal de Adultos no existe regulación alguna sobre la mediación. Vacío normativo que ha sido suplido con elaborados estudios sobre la materia, así como con plausibles iniciativas por parte de numerosos operadores jurídicos y otros profesionales de ciencias no jurídicas pertenecientes a distintas provincias del territorio nacional, que han servido para extender a nivel colectivo el conocimiento de las ventajas de esta nueva vía de administrar justicia, y para introducir la mediación en la práctica ordinaria de Juzgados y Tribunales utilizando los pocos resortes que ofrece el actual ordenamiento jurídico.

En consecuencia, son las experiencias pilotos realizadas hasta el momento por distintos órganos judiciales el punto de partida desde el que ha de analizarse la situación actual de la mediación en nuestro país. El principio de legalidad y la ausencia de atisbo alguno del principio de oportunidad, la titularidad estatal del ius puniendi y, en consecuencia y salvo en los delitos privados, la indisponibilidad de los derechos que se ventilan en el derecho penal dejan estrechos límites a la mediación. No obstante, aprovechando las referencias existentes en el derecho sustantivo a los efectos que puede producir el esfuerzo reparador a la víctima del hecho delictivo han abierto la puerta a aquellas experiencias pero de forma muy dispersa en todo el territorio nacional¹⁴.

¹⁴ En la página del Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion>) pueden verse las provincias y Juzgados y Tribunales que tienen establecidos mecanismos de mediación.

II.- 2.- A): Tipos delictivos susceptibles de proceso de mediación:

En principio, y aunque las opiniones doctrinales difieren en este aspecto, no existe límite alguno a los delitos susceptibles de ser objeto de un procedimiento mediador. Siguiendo la “**Guía práctica para la mediación intrajudicial**” elaborada desde el propio Consejo del Poder Judicial y disponible en la página citada, “la existencia de un listado cerrado puede resultar contraproducente porque puede obstaculizar y hasta impedir el acceso a mediación de tipos no incluidos en él al crear estereotipos que operan a modo de freno automático en los operadores jurídicos para impedir una actitud más abierta y amplia ante la mediación penal”.

No obstante, se pueden tener en cuenta las consideraciones que realiza en consideración a la tipología delictiva o las clases de víctimas¹⁵:

– Respecto de las faltas: Frente a quienes consideran que en este tipo de infracciones no sería siquiera la intervención del derecho penal y lo procedente sería la desaparición del código penal y su transformación en ilícitos administrativos, mientras éstas se mantengan, como recoge la citada guía, la mediación penal no se ha de descartar tampoco para las faltas, pues detrás de muchas de las denuncias penales tramitadas en los diversos juzgados de instrucción y de paz de nuestro país por infracciones calificadas como faltas subyacen conflictos generados a partir de relaciones personales, familiares, laborales, continuadas en el tiempo, cuya resolución por la vía jurisdiccional resulta tan insuficiente e insatisfactoria para los interesados que las denuncias se multiplican, se superponen, y se cruzan, provocando numerosos juicios pendientes con relación a las mismas personas.

– Delitos de mayor gravedad¹⁶: Desde la perspectiva opuesta, hay quienes defienden la exclusión de la mediación en los delitos más graves dada la importancia del bien jurídico que se protege. No obstante la experiencia demuestra que no se debería descartar el proceso de mediación en estos supuestos, debe permitirse que sea la víctima de la infracción quien decida si desea someterse al proceso de mediación, y, contar asimismo con la determinación en el mismo sentido del acusado o condenado.

No cabe duda que hasta en delitos muy graves, la mediación podría llevarse a efecto pasado un tiempo de cumplimiento de pena de prisión. Estos encuentros restaurativos pueden tener efectos legales a nivel penitenciario.

No se deben excluir los tipos penales en los que no haya concreción de la cuantía del daño. La mediación repara no sólo el dato material sino, por encima de ello, el daño moral. Por ello hay muchos tipos de acuerdos, no sólo los de contenido económico o dinerarios, que responden al perjuicio diferente que puede haberse causado.

– Delitos sin víctima: Los delitos sin víctima, es decir, los delitos de peligro abstracto, delitos contra bienes colectivos o bienes supra individuales, no pueden incluirse en la mediación por su propia naturaleza. Esta conclusión que recoge la guía es ciertamente discutible, pues caben también supuestos de reparación simbólica y encuentros con personas que, como en los delitos contra la seguridad vial, pueden contribuir en mayor medida que la pena a la interiorización de la norma y a la responsabilización del autor desde el punto de vista de la prevención especial.

¹⁵ Igualmente, y como después analizaremos, el anteproyecto que se está elaborando sobre el estatuto de la víctima exige como condiciones que “el infractor haya reconocido los hechos de los que deriva su responsabilidad y los perjuicios causados a la víctima”, y que “la víctima haya prestado su consentimiento”

¹⁶ No cabe duda que en estos delicados supuestos exigirían un refuerzo de las garantías, una especial sensibilidad y una gran experiencia en los mediadores.

– Supuestos de reincidencia: La realidad cotidiana de la mediación que se realiza en el procedimiento penal de adultos pone en evidencia que no se debe excluir a las personas que ya han cometido delitos con anterioridad a su intervención en el proceso de mediación, pues los momentos vitales en que se cometen las infracciones son distintos y deben, pues, recibir un tratamiento diferenciado.

Debe además considerarse que, en muchas ocasiones, será la primera vez que al victimario se le concede la posibilidad de responsabilizarse del daño que ha causado, repararlo y pedir perdón por ello.

Otro supuesto diferente es el que se plantearía si la recaída en el delito por el infractor se produce tras la participación en un proceso de mediación previo.

En este caso, sí se podría plantear dudas sobre la eficacia de la mediación en estrictos términos de prevención especial. No obstante, si la víctima quiere mediar, porque necesita de ello, incluso en los casos en los que la persona infractora sea reincidente habría que intentar la mediación. En todos estos casos el mediador controlará que el victimario no participe en el procedimiento con fines espurios, de ser así, hará que cesar la mediación.

- Respecto a la clase de víctima, cabe cuestionarse la viabilidad de la mediación autor víctima en el caso de las víctimas menores de edad, incapaces, las mujeres víctimas de la violencia machista¹⁷ y las víctimas de delitos violentos. No es fácil definir criterios generales, sino que habrá que atender a cada caso concreto. Depende de qué menor de edad estemos hablando, de su edad, de su madurez y de su predisposición a someterse al proceso, contando siempre con sus representantes legales, como es obvio. Depende también del grado y tipo de incapacidad. Sobre las mujeres víctimas de la violencia machista habría también que observar el grado y la reiteración de la violencia y el deseo de la víctima por someterse al proceso.

II.- 2. B): Fase procesal y efectos del proceso mediador:

Siguiendo a Vicenta Cerbelló Donderis¹⁸, “no se puede decir que haya un momento procesal más adecuado para iniciar la mediación, ya que éste oscila desde la detención, hasta la instrucción, antes o durante el enjuiciamiento, e incluso en el transcurso de la ejecución penitenciaria ya que cualquier momento es óptimo para alcanzar un acuerdo mediador. A pesar de las limitaciones legales en el sistema jurídico español, existen algunos supuestos específicos en los que el acuerdo mediador puede tener relevancia en la cuantía de la pena del agresor a través de la aplicación de la atenuante de reparación o en la decisión judicial de sustituir o suspender la pena; además de ello en términos penitenciarios un acuerdo reparador puede permitir ventajas en la ejecución como la clasificación en tercer grado o la libertad condicional, porque en definitiva como señala la STS 11.10.2007, citando el Auto TS 6.5.2004, “la colaboración voluntaria del autor a reparar el daño ocasionado por su acción delictiva puede ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuya la necesidad de pena”.

Siguiendo esta sistemática y la anteriormente seguida en la Jurisdicción de Menores, podría distinguirse entre la mediación durante la instrucción y antes de la fase enjuiciamiento, y los efectos que aquella podría producir en fase de ejecución.

¹⁷ La mediación está prohibida en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, (art. 44.5).

¹⁸ Vicenta Cerbelló Donderis: “Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico”, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013.

Con anterioridad al trámite de audiencia, el art. 21.5 del código penal recoge como circunstancia de atenuación, “la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”, circunstancia que si se aprecia como muy cualificada o además concurre con la del número 4 del mismo artículo de “haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”, puede conducir a la rebaja de la pena en uno o dos grados a tenor de la regla segunda del artículo 66.

Este precepto abre una primera vía a la mediación/reparación en el procedimiento judicial con efectos sustantivos en la imposición de la pena en consideración precisamente a la satisfacción de la víctima tanto desde el punto de vista material como moral. En este sentido ha de entenderse reparar el daño o disminuir sus efectos, pues tanto el daño como los efectos pueden consistir bien en una compensación de índole económica, o puede tener otros contenidos simbólicos¹⁹ de petición de perdón

¹⁹ En este aspecto puede citarse la STS de 11 de noviembre de 2009, que literalmente dice: “Queremos poner aquí de relieve lo que asimismo dice el Ministerio Fiscal al apoyar este motivo (pág. 14), en relación con la amplitud de la doctrina de esta sala que sitúa el concepto de reparación total o parcial del art. 21.5º más allá de los actos de contenido económico, para su posible aplicación incluso en hechos delictivos que no exigen ningún pronunciamiento de orden civil. Esta atenuante de reparación excede de los conceptos de los arts. 110 y ss. ***Se habla de la posibilidad de su apreciación en casos de reparaciones meramente morales, consistentes en actos de pedir perdón, donaciones de sangre o cualquier otro género de satisfacción.*** Véanse las sentencias de esta sala 1132/1998 de 6 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero, 990/2003, 1002/2004, 542/2005 y 179/2007. En la primera de ellas podemos leer lo siguiente: “Con respecto a la aplicación al caso de la atenuante del art. 21,5ª CP, lo cierto es que - como lo admite la doctrina más moderna y proyectos legislativos recientes en Europa- es de apreciar no sólo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando ***el autor realiza un actus contrarius de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma.*** En tales casos se dará una reparación simbólica, que, por regla general debería ser admitida en todos los delitos”.

También la STS de 8 de febrero de 2011, recoge que “ El fundamento de la circunstancia de reparación se traduce en una disminución de la pena a imponer y ello, por dos razones:

a) Porque es necesario --y justo-- ofrecer algún premio a quien está dispuesto a dar una satisfacción a la víctima del delito. Ciertamente todo delito en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convivencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier delito, y a ello responde la necesidad de la pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la Comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendente a dar una reparación a la víctima --luego veremos de qué forma-- debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque admitiendo el protagonismo de la víctima en el proceso penal, hay que reconocer que tiene relevancia el acto de reparación que haya podido efectuar el causante de la lesión, porque se satisfacen y se reparan los derechos de la víctima dañados por el agresor.

b) Porque qué duda cabe que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria, tiene el ***valor de un dato significativo de una regeneración y consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro.***

La actual atenuante de reparación está llamada a desempeñar un importante juego en el sistema de justicia penal una vez que se ha despojado en el vigente Código Penal de dos requisitos que limitaba mucho su efectividad.

El primero hacía referencia a un fundamento espiritualista: que la reparación lo fuera como expresión de un arrepentimiento espontáneo, lo que obligaba a los Tribunales a indagar en el proceloso mundo de las intenciones del autor del hecho delictivo, y, paralelamente, a escenificar un "arrepentimiento" si se quería uno beneficiar de la atenuante. Con un criterio más objetivo, más laico si se quiere, lo relevante es el hecho de reparar el daño causado a la víctima, quedando para el fuero interno de cada persona los móviles que pudieran estar en el fondo de la decisión.

El segundo hacía referencia a un requisito temporal que carecía de todo fundamento: se exigía que la reparación fuera "...antes de conocer la apertura del procedimiento judicial...". Actualmente se admite

o de disculpas, así como de reconocimiento de la norma vulnerada y del daño producido, tanto unos como otros contribuyen positivamente a disminuir los efectos negativos que pueda haber sufrido la víctima del hecho delictivo.

Al margen de la atenuante genérica y siguiendo a Vicenta Cerbelló, dentro de la parte especial del código penal existen tipos específicos en los que la reparación del daño o disminución de los efectos del delito tienen también efectos sustantivos en oren a la imposición de la pena:

- “Si el culpable de los delitos de ordenación del territorio (art. 319), patrimonio histórico (art. 321), recursos naturales y medio ambiente (art. 325), protección de la flora, fauna y animales domésticos (art. 332) hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado se impondrá la pena inferior en un grado, según señala el art. 340 en las Disposiciones Comunes del Título XVI del Código Penal.

- En los delitos de calumnias e injurias si el acusado reconoce ante el Juez la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retracta de ellas, se le impone la pena inferior en grado y no se impone la inhabilitación especial, art. 214 del Código Penal

En este caso se trata de una especie de reconocimiento de la responsabilidad y con ello una disminución del daño y una colaboración con la Justicia a modo de confesión. Se puede realizar a los largo de todo el procedimiento hasta que haya sentencia firme, porque deja de ser acusado para pasar a ser condenado.

- En el art. 163.2 del Código Penal se permite rebajar la pena un grado en los delitos de detenciones ilegales si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber conseguido el objetivo que se había propuesto y en el art. 225 del Código Penal se recoge una pena reducida en los delitos de quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono del domicilio, cuando el responsable restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro.

que la reparación sea "...en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral...", límite no caprichoso sino justificado porque después del juicio, ya no cabrá la aplicación de la atenuante, aunque pudiera tener algún efecto en la ejecución de las penas.

¿Qué decir de la reparación efectuada durante las sesiones del Plenario?. La Sala ha estimado que también procedería vía atenuante analógica --STS 4 de febrero de 2000.

En relación al contenido de la reparación y al importe o cuantía de la misma, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias resoluciones y en este sentido, se puede citar la STS 1517/2003 de 18 de noviembre que de acuerdo con resoluciones anteriores que cita declara que:

a) Cabe cualquier forma de reparación, no solo la económica, admitiéndose expresamente una reparación simbólica -- SSTS 216/2001 y 794/2002.

b) En todo caso y en un análisis individualizado, la reparación para alcanzar los efectos de la atenuante debe ser significativa y relevante, por lo tanto no ficticia -- SSTS 1990/2001; 100/2000 y 1311/2000.

c) Dato a tener en cuenta para ver la relevancia y significación de la reparación, es verificar la capacidad y publicidad económica del condenado, y consiguientemente el esfuerzo efectuado por éste para eliminar o disminuir los efectos del delito -- SSTS de 13 de mayo 2004 y 30 de junio 2003 .

Precisamente por ello, esta Sala ha excluido la atenuante de reparación cuando esta es irrisoria en relación al daño producido y no se acredita ningún esfuerzo del autor por dar satisfacción a la víctima, sino solo una estratagema para beneficiarse de una atenuación penal -- SSTS de 2 de junio 2001; 1990/2001; 100/2000; 1311/2000, así como las citadas por el Ministerio Fiscal en su informe: 27 de diciembre 2007; 27 de abril 2007 ó 23 de junio 2008.

También se ha aceptado la reparación en clave moral, lo que debe tenerse en cuenta a la vista de la naturaleza del delito cometido. En tal sentido, SSTS 1112/2007 y 1103/2009 de 3 de noviembre. En definitiva, se trata de reconocer que cabe la reparación en delitos que no sean de resultado y, además con ello se amplía el concepto de reparación para superar su contenido exclusivamente pecuniario.

En estos dos casos se valora la disminución de los efectos del delito sobre el sujeto pasivo para reducir la pena, lo que supone valorar el comportamiento del agresor tendente a beneficiar a la víctima, aunque sea en el transcurso de una acción delictiva.

- En los art. 579.4 y 376 del Código Penal se permite bajar uno o dos grados la pena respectivamente de los delitos de terrorismo y narcotráfico si el culpable abandona voluntariamente sus actividades delictivas y colabora con las autoridades para impedir delitos, obtener pruebas o capturar responsables. En terrorismo se añade además la confesión de los hechos en los que haya participado. Se trata en ambos casos de una colaboración con la Justicia que indirectamente supone un beneficio para potenciales víctimas de estos graves delitos al facilitar la lucha contra este tipo de criminalidad”.

A ellos podría añadirse la excusa absolutoria que el código penal recoge en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en los que la regularización de la deuda conlleva la exención de responsabilidad por estos delitos e incluso por las falsedades instrumentales. Aunque los mecanismos de formación de la voluntad administrativa son complejos no faltan también partidarios de extender también la mediación a esta rama del derecho. Y, por qué no, extender los mismos efectos asociados a la reparación íntegra del daño a través de un proceso de mediación a otros delitos patrimoniales que afecten a intereses de particulares.

En fase de ejecución son varias las vías que se están utilizando para incentivar el proceso de mediación mediante la concesión de efectos sustantivos dentro de los cauces que permite la legislación vigente.

El primero de ellos es la **suspensión de la ejecución de la pena** del artículo 80 del código penal. Según este precepto, “los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada”. Si bien en principio los criterios que deben regir la adopción de esta medida son la peligrosidad criminal del sujeto y la existencia de otros procedimientos penales contra éste, el requisito que establece en el apartado tercero del artículo 81 respecto a “que **se hayan satisfecho las responsabilidades civiles** que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”, es el que abre también las puertas a una mediación previa para dar satisfacción al interés de la víctima a la reparación del daño causado.

De lege ferenda esta es la opción por la que ha optado el legislador en el anteproyecto de reforma de código penal, al establecer en el artículo 84 que el Tribunal puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

El segundo precepto que de lege data está sirviendo para introducir dentro de la ejecución de la pena la mediación, es la **sustitución de la pena de prisión** por otra no privativa de libertad. De conformidad con el artículo 88.1, “los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, **cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen**, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias

obligaciones o deberes previstos en el art. 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida”. Al recoger como uno de los factores o criterios a tener en cuenta para la sustitución la conducta del condenado, y, en particular, el esfuerzo realizado para reparar el daño, abre una vía que se está utilizando para dar entrada en nuestro ordenamiento a las experiencias que se están llevando a cabo sobre mediación.

También favorece la sustitución el contenido de las **penas de trabajos en beneficio de la comunidad**, pues, las reformas de 2003 y 2010, amén de extender la posibilidad de imposición a determinados delitos, entre otros contenidos puede tener, **“la cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas”** (art. 49 c.p.).

III.- PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA MEDIACION PENAL EN LOS DISTINTOS PROYECTOS LEGISLATIVOS EN CURSO: Borrador de Código Procesal Penal, Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito y Proyecto de Reforma del Código Penal.

Por primera vez se aborda en el proyecto de una norma procesal que afecta al enjuiciamiento de hechos delictivos cometidos por adultos, uno de los mecanismos de la Justicia Restaurativa como la mediación que, acorde a la filosofía que preside la institución, persigue “posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un **mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima** que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación” tal como recoge la Exposición de Motivos del Borrador, añadiendo que “para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso”. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del mismo borrador, “la víctima es, a efectos de lo previsto en este Código, todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido daño personal o patrimonial por tratar de prevenir el delito o auxiliar a la víctima en el momento de la comisión del hecho punible o inmediatamente después”²⁰.

²⁰ Los derechos que se reconocen a la víctima en el artículo 60 son los siguientes:

1. derecho a la inmediata protección de su vida, integridad, libertad, honor, intimidad y cualquier otro derecho lesionado o amenazado por el hecho punible;
2. derecho a ser tratado con pleno respeto a su dignidad en toda diligencia policial o actuación procesal que se practique;
3. derecho a no sufrir intervenciones corporales sin su consentimiento, cuando se trate del ofendido por el delito;
4. derecho a la protección de sus datos personales;
5. derecho a ser oída por el Ministerio Fiscal en el curso de la investigación;
6. derecho al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del hecho punible;
7. derecho a la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con los requisitos y de la forma prevista en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita;
8. derecho a ser informado de la situación procesal de la causa, que comprende el derecho a conocer el estado de las investigaciones, si no están declaradas secretas, las resoluciones sobre la situación procesal del encausado incluidas las relativas a las modificaciones de dicha situación cuando se produzcan, las resoluciones de sobreseimiento y apertura de juicio y la sentencia dictada en cualquier instancia y recurso;
9. derecho a obtener la restitución, reparación o indemnización del daño ocasionado por el hecho punible del responsable y, en los casos legalmente previstos, del Estado;
10. derecho a ser informada de los derechos anteriormente referidos.

Haciéndose eco precisamente de la demanda social que existe al respecto, la propia Exposición de Motivos reconoce que “la instauración de la mediación penal era una necesidad no solo impuesta por obligaciones internacionales, sino también sentida y reclamada por la práctica, en la que se habían llevado a cabo ya experiencias alentadoras y fructíferas. Otorgar carta de naturaleza legal a la mediación penal resultaba ineludible, pues hasta ahora, salvo en el ámbito del derecho sancionador de menores, se movía en una situación de anomia normativa. La *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001* (2001/220/JAI) relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal no ha llegado a ser desarrollada. Tal texto alentaba a los Estados miembros a *impulsar la mediación en las causas penales [...] y a velar para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpaado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación*” [...]. Esa decisión exigía una proyección en el Derecho penal de adultos como la exige la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre* que sustituye a la citada Decisión Marco, y que se ha tenido presente en la regulación de la mediación penal, escasa en preceptos –no es necesario más detalle- pero rica en lo que comporta de introducción de una nueva perspectiva en el Derecho procesal penal”.

En el proyecto, “la justicia restaurativa se concibe **no como sustitutivo** de los tradicionales fines de la justicia penal, **sino como complemento necesario** del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o a la delincuencia menor. Ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa. En la justicia restaurativa la víctima, siempre voluntariamente, adquiere un singular protagonismo”.

“Justicia restaurativa no significa limitar el fin del derecho penal al indemnizatorio o reparador (satisfacer a la víctima) diluyendo las diferencias con el derecho civil, pero sí redescubrir que la reparación –concebida como algo mucho más rico que la pura indemnización económica- **puede tener también unos efectos preventivos importantes**. La mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica. **La mediación penal reparadora se lleva a cabo de forma paralela al proceso jurisdiccional pero podría llegar a condicionarlo o influir en él**. El modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional. Supone únicamente la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser muy dispares (desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, o incluso sin repercusión sustantiva alguna). La mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima”. Resulta evidente que, en consecuencia, la mediación que se propone no es una alternativa al proceso ni a la judicialización del conflicto, sino que operaría

siempre dentro de un proceso abierto y con distintos o nulos efectos en lo que se refiere a los efectos procesales o sustantivos.

El borrador regula la mediación en el Título VI del Libro II, en los artículos 143 a 146. Realmente son pocos artículos, tal como se adelantaba en la exposición de motivos.

De conformidad con el primero de los primeros preceptos, “**se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo**” (art. 143: Contenido de la mediación).

Pese a esa parquedad de regulación hay una remisión a preceptos específicos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en concreto, y en el sistema por el que opta de que ésta sea realizada por “**instituciones de mediación**” o por “**profesionales de la mediación**”, serán aplicables a la mediación penal lo dispuesto en los artículos 6.1, 6.3, 7, 8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la citada Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Los primeros de estos artículos recogen los principios generales a los que debe ajustarse toda mediación:

1.- Voluntariedad (Arts. 6.1 y 3):

La mediación es voluntaria. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo

2.- Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores (Art.7)

En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

3.- Neutralidad (Art.8)

Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13²¹.

4.- Confidencialidad (Art. 9.1. no hay remisión en el borrador pero se recoge en el artículo 144.4)

El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. Recogido expresamente en el artículo 144.4 del Borrador respecto del mediador: “El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento”.

5.- Gratuidad:

²¹ De conformidad con este artículo: 1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. 2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley. 3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia. 4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad. 5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses.

Principio recogido en el artículo 144.5 del borrador de código procesal penal. “La mediación penal será siempre gratuita”.

El resto de preceptos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a los que se remite el borrador hacen referencia al procedimiento de mediación, que, salvaguardando los principios de la ley, “se organizará del modo que las partes tengan por conveniente (art. 10.1), y que éstas “deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad (art. 10.3); al estatuto del mediador en los artículos 11 a 13 y que deberán completarse con las disposiciones del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que tiene por objeto desarrollar las disposiciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en relación con la formación y el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores, así como la publicidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos; las normas básicas sobre el proceso de mediación, sesiones informativas y constitutivas, la duración del procedimiento, que ha de ser el mínimo posible, la terminación del procedimiento y el contenido del acuerdo de mediación, y, finalmente, la ejecución del mismo, que habrá de instarse ante el Tribunal que homologó el mismo.

En materia penal la iniciativa del proceso en principio se atribuye al Ministerio Fiscal, dado que el borrador supone un cambio radical en la dirección de la investigación de los delitos, pues, como dispone el apartado segundo del artículo 144, “la voluntad de someter el conflicto con la víctima a mediación por el infractor se comunicará a la víctima 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”, aunque no se excluye que el proceso haya tenido otro comienzo al recoger en el artículo 145 que “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”. En todo caso, “la institución de mediación o el mediador comunicarán el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado, al Ministerio Fiscal”.

Esta normativa de lege ferenda ha de completarse también con el **Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito**, que incluye también una referencia a la posible actuación de los “servicios de justicia restaurativa”, aunque no especifica ni limita estos servicios a la mediación, y tras reflexionar y subrayar la desigualdad moral que existe entre víctima e infractor, así como que su finalidad es la reparación material y moral de la víctima, establece como presupuesto “**el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos y de la infracción por parte del autor**” como requisitos o presupuestos para iniciar un procedimiento de mediación. Y, además, recoge en la Exposición de Motivos que “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**”, o esté **prohibida por ley para el delito cometido**.

Esta filosofía y cautelas es trasladada posteriormente al desarrollo normativo del proyecto de Estatuto de la Víctima, dedicando el artículo 15 a los “**Servicios de Justicia Restaurativa**”.

“1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) El infractor haya reconocido los hechos de los que deriva su responsabilidad y los perjuicios causados a la víctima;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- d) no esté prohibida por la Ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes.

Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima podrá revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento”.

Respecto a los **efectos**, y tal como reza la Exposición de Motivos, son los legalmente determinados, y “pueden ser muy dispares (desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, o incluso sin repercusión sustantiva alguna), pero en cualquier caso son resultados previstos en el propio borrador al introducir el principio de oportunidad, o en el código penal, pero son efectos que no necesariamente se asocian a la mediación, pues pueden ser de aplicación por otras causas, tal como resalta el citado preámbulo del borrador al decir que “la mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima”.

Dentro del Título VI del Libro II, el artículo 146 regula los efectos de la mediación limitándose a decir que “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”.

Estos, conforme a lo expuesto, pueden ser, desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, o apreciación de alguna atenuante, y también puede no producir efecto alguno, pues como se ha indicado la mediación es un mecanismo para obtener la satisfacción de la víctima, pero no es un fin en sí misma, sino un instrumento puesto al servicio de estos intereses.

En primer lugar, y respecto del **principio de oportunidad**, una de las novedades del Borrador de Código Procesal Penal, es la instauración “con carácter general en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad, el cual sólo regía con anterioridad en reducidísimos casos. Se ha considerado que la atribución de discrecionalidad a la Fiscalía para la persecución penal en virtud de criterios legalmente previstos, aplicables según las circunstancias de los supuestos concretos, ofrece más ventajas para el interés público que el mantenimiento de un ciego automatismo en el ejercicio del *ius puniendi* estatal derivado de una comprensión simplemente retributiva del principio de legalidad”.

Conforme a esta declaración de principios, el artículo 90 del borrador establece que **“el Ministerio Fiscal estará obligado a ejercer la acción penal cuando 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 conforme a lo previsto en los artículos siguientes".

Y dentro de los supuestos en los que el Ministerio Fiscal puede acordar el sobreseimiento o la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, se recogen en los apartados a) y b) del artículo 91, que "el **delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución**, atendidas todas las circunstancias", y "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**". Aunque es la segunda de las causas la que indudablemente se refiere a los resultados de un proceso de **mediación**, también la primera no excluiría que el archivo se acordara, además de por su escasa gravedad, por la existencia de un proceso de mediación con resultados positivos, pues en este caso sería evidente que no existiría un interés público relevante en su persecución.

Respecto del segundo supuesto y de acuerdo con el artículo 92, "durante la fase de investigación la causa por delitos leves o menos graves **podrá suspenderse por un plazo de hasta dos años cuando el encausado acepte la realización de prestaciones de dar, hacer o no hacer que le proponga el Ministerio Fiscal con el fin de afrontar su responsabilidad civil, someterse a tratamiento de su adicción en su caso o realizar trabajos en beneficio de la comunidad que priven de sentido a la imposición de pena**". Evidentemente, la suspensión será acordada por el Ministerio Fiscal, y éste podrá levantarla en cualquier momento en el que el encausado incumpla las prestaciones acordadas.

Durante la fase de instrucción por lo tanto los efectos de un acuerdo de mediación pueden dar lugar al archivo o suspensión de la causa siempre que se trate de delitos leves o menos graves (delitos castigados con pena de prisión inferior a cinco años). En otro caso podría aplicarse, como recogía el preámbulo, las atenuantes de confesión o reparación del daño de los apartados 4 y 5 del artículo 21 del código penal con los resultados ya mencionados respecto a su influencia en la cuantía de la pena, precepto que no resulta afectado por el Proyecto de Reforma del Código Penal en curso.

Como novedades que recoge la proyectada reforma sustantiva en fase de ejecución de la pena se hace expresa referencia a la reparación de la víctima y a los resultados del proceso de mediación en los **institutos de la suspensión y la sustitución de la pena**. En este aspecto la Exposición de Motivos de la proyectada reforma razona diciendo que "el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el Juez o Tribunal pueden acordar la imposición (como sustitutivo) de una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, la conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a Jueces o Tribunales la posibilidad de moderar su importe dentro de ciertos límites. Asimismo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible".

En desarrollo de estos principios, la reforma del artículo 84 del código penal establece que "el Juez o Tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

- El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (apartado 1)
- La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista

de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración (apartado 2)”.

No son malas las perspectivas que pueden deparar las iniciativas legislativas para la mediación. Únicamente nos preocupa que, recogida en sus líneas generales en el Borrador de Código Procesal Penal que supone un cambio radical en el sistema de investigación e instrucción de los delitos, la demora previsible en su redacción y aprobación final vaya en detrimento de la imperiosa y urgente necesidad de su introducción en nuestro derecho positivo. Por esta razón sería deseable, que de la misma forma que se ha realizado en materia civil y mercantil, se abordara con independencia un proyecto legislativo de mediación penal no vinculado de momento a la decisión que se adopte respecto a la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal.