

PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LA MEDIACIÓN PENAL DE ADULTOS. UNA VISIÓN DESDE EL MINISTERIO FISCAL.

(Trabajo publicado en **Diario La Ley**, Nº 7257, Sección Doctrina, 7 Octubre 2009,
Año XXX, Editorial **LA LEY**)

Mercedes Heredia Puente.

Fiscal coordinadora de la Experiencia Piloto en MPA
del Juzgado de lo Penal número 3 de los de Jaén.

1.- Los caminos de la justicia restaurativa.-

En la concepción tradicional del derecho penal la idea de Justicia está basada en torno a la noción de castigo. La pena se constituye como el elemento central de todo el sistema. Esta, por un lado, reconcilia a la colectividad con la idea de justicia, y de otro sirve de intimidación a los posibles delincuentes, por último, sacia la sed de venganza de la comunidad. Ahora bien, este sistema deja sin respuesta a la víctima que se percibe como un mero objeto del conflicto penal y no como un verdadero sujeto protagonista del conflicto que el delito supone. El Derecho Penal no da una verdadera respuesta social a los problemas del comportamiento delictual, la prisión no rehabilita y el sistema ni siquiera da una respuesta real a la víctima que se ve doblemente atacada por el delito y por el proceso necesario para el castigo del mismo.

En los últimos tiempos, desde la doctrina penal se ha buscado una mayor presencia de la víctima en la solución del conflicto social que supone el acto delictivo, lo que unido a un, cada vez más extendido, convencimiento de que la pena por sí sola es incapaz de restaurar el orden jurídico perturbado y que tampoco es capaz de cumplir los fines constitucionales de rehabilitación y reinserción social del delincuente, ha llevado a la búsqueda de nuevas vías que permitan solucionar el conflicto y realizar las funciones de control social que permita intervenir de forma efectiva contra las actuaciones antisociales.

Surge así la llamada justicia restaurativa que parte de la base de que el proceso penal debe velar por restablecer el diálogo social que ha quebrantado el delito y procurando que el infractor asuma los hechos y participe en los mecanismos de corrección de las causas que los provocaron.

Se busca de esta forma una justicia menos obsesionada por el castigo, que renuncie al mismo como un absoluto y que solo sea aplicable cuando sea útil y no contraproducente para las partes en conflicto o para la sociedad. En estos casos se buscan medidas alternativas que permitan lograr los fines del Derecho Penal sin necesidad de acudir al castigo.

La Justicia restaurativa convoca a la víctima, al delincuente y a la comunidad en una búsqueda para las soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y el perdón. En esta idea se circunscribe el mecanismo de la mediación que no es así ni un

mero sistema de protección de la víctima, ni una forma de beneficiar al infractor, sino como un nuevo modelo, una nueva vía de justicia penal que puede, perfectamente, convivir con la vía clásica o con todos aquellos mecanismos que sirvan para solucionar el problema social que supone el delito. La actividad mediadora y su fruto, la conciliación, no puede pretender erigirse en alternativa global al sistema penal en sí, sino que se integra en el conjunto de los instrumentos de control y reacción frente a la criminalidad, tanto formales como informales.

Por ello, si luego el resultado del proceso de mediación no es satisfactorio por no existir acuerdo no desaparece la validez del mismo. La mediación es como el Viaje a Itaca de Kavafis en que lo importante es la dinámica del camino más que el resultado final que es un mero complemento secundario del mismo.

La mediación es una técnica moderna de respuesta frente al fenómeno criminal que trata fundamentalmente de resolver el conflicto devolviendo el papel principal a quienes han sido sus más directos protagonistas, cumpliendo una función integradora y pacificadora, recuperando a aquél que ha violado la norma básica de convivencia plasmada en la ley penal y recomponiendo en la medida de lo posible su relación con el ofendido o dañado por su acción y con la sociedad en general. Esta es su finalidad primordial.

Unido a lo anterior se busca proporcionar una reparación satisfactoria para la víctima, que de otro modo probablemente no obtendría del sistema penal.

La mediación-conciliación ha de ser uno más de los instrumentos de reacción al crimen, como ya ha quedado dicho antes. Este medio de intervención en el conflicto sociedad-víctima puede entrar en juego, actuando como alternativa eventual al proceso, dando lugar bajo ciertas condiciones a que, si el acuerdo conciliatorio es reconocido por el sistema judicial, el proceso penal no llega a iniciarse, o si se ha iniciado termina, de modo definitivo o provisional, con disposición, por lo tanto, del proceso mismo sin que llegue a producirse un pronunciamiento de condena. Puede operar también como alternativa eventual a la pena, de modo que la autoridad judicial pueda sustituir la pena misma por el cumplimiento del acuerdo conciliatorio o suspender la ejecución de la pena, con arreglo a las normas de la sustitución o suspensión de penas contenidas en el Código penal.

En este sentido, debemos tener en cuenta que el nuevo derecho penal se sustenta no sólo sobre las clásicas penas y medidas de seguridad, si no también sobre una tercera consecuencia jurídica al delito, la reparación, en el que se procura la resocialización del delincuente a través de un comportamiento de reparación a la víctima que propicia la normalización partiendo de la idea de que quien asume la obligación de reparar como consecuencia de un delito ha asumido su culpa en la agresión y el reconocimiento de que ha de hacer algo positivo a favor de la víctima y de la sociedad para procurar su resocialización. La reparación se constituye en un importante elemento que sirve de base al mecanismo de la mediación.

2.- La mediación y los condicionantes internacionales.

En nuestro país cada vez se nota más la tendencia a incorporar a nuestra legislación la mediación en el Derecho Penal ordinario, tal y como se ha producido ya en el Derecho Penal del Menor y en el Derecho de Familia, y como ocurre desde hace algunas décadas en países como Canadá, Estados Unidos, Australia, Francia, Bélgica, Italia, Portugal y Argentina, entre otros.

A esto hay que añadir que el uso de la mediación es recomendado por normas y acuerdos internacionales, tales como las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (nº 7, de 23 de junio de 1983 R12(83)7, nº 18, de 1987, nº 21, de 1987 y nº 19 de 1999, entre otras), o la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, en cuyo artículo 10 se recomienda el uso de la mediación penal.

En esta línea, la Recomendación 25 del Consejo de Europa, aprobada en 1985, declaró que *« la sanción que se imponga al autor se debe orientar hacia las necesidades de la víctima. En primera línea se debe situar la reparación del daño ocasionado por el hecho punible. No solo se le debe proporcionar a la víctima un medio ejecutable contra el autor, dispuesto a la reparación del daño, es preciso proporcionarle la posibilidad real de elaborar los medios que necesita para el cumplimiento de la obligación de indemnizar a la víctima. De esta manera, el autor tendrá la posibilidad de resocializarse el mismo. La pena privativa se debe imponer como último recurso y sólo si cualquiera otra decisión pareciera insostenible. Si se suspende condicionalmente la ejecución de una pena privativa de libertad, esta suspensión dependerá á, en primer lugar, de que el condenado haya cumplido con las reparaciones. Además, deberá tener prioridad la indemnización de la víctima ante cualquier otra obligación económica que se imponga al acusado».*

La Unión Europea, en el mismo sentido, ha respaldado la institución a través de la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, y en la que instaba a los Estados miembros a impulsar la mediación en las causas penales, fijando además, como fecha para la adecuación de los ordenamientos penales a sus previsiones, el 22 de marzo de 2006.

Este documento en su artículo 10 indica, al hablar, sobre la mediación en el marco del proceso penal:

« 1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas.

2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la medida en las causas penales».

En cumplimiento de esta resolución nuestros vecinos portugueses han promulgado la Ley 21/2007 de 12 de junio que crea un régimen de mediación penal en

ejecución del artículo 10 antes indicado. Sus líneas generales pueden resumirse en las siguientes:

1.- La mediación se da en los delitos que son perseguibles por denuncia o acusación particular, siempre que sean contra las personas o contra el patrimonio siempre que la pena a imponer no sea superior a cinco años de prisión o se de una de las siguientes circunstancias:

- Que no sea crimen contra la libertad o autodeterminación sexual.
- Que no sea crimen sobre cohecho, malversación o trafico de influencias.
- Que el ofendido sea menor de 16 años.
- Que se siga el procedimiento sumario o sumarísimo.

2.- La mediación surge a iniciativa del Ministerio Público durante la instrucción, si bien tanto el ofendido como el denunciado pueden solicitarla, nombrando entonces el Fiscal si se dan los requisitos un mediador.

3.- El mediador nombrado puede traspasar el caso a otro mediador cuando hayan razones excepcionales que lo justifique (relativas a la inserción comunitaria o ambiente cultural de cualquiera de las partes) poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y del organismo del Ministerio de Justicia que abona los gastos. Vemos como no existe intervención ninguna del Juzgador, sin duda para garantizar su total imparcialidad. En las sesiones de mediación se permite la presencia de los letrados de las partes.

4.- En el caso de negativa para poder llevar adelante el proceso de mediación se comunica este dato al Ministerio Fiscal y continua el proceso penal. Igual se hace en el caso de que transcurridos tres meses la mediación no haya tenido éxito. Este plazo puede ser prorrogado a dos meses mas a petición del mediador.

5.- Si existe acuerdo este no puede incluir sanciones privativas de libertad ni deberes que ofendan a la dignidad del autor o cuyo cumplimiento deba prolongarse por más de seis meses.

6.- El Ministerio Fiscal recibe notificación del acuerdo consistente en la retirada de la denuncia debiendo comprobar si se dan los requisitos legales. En este caso homologa el mismo. En caso contrario lo devuelve al mediador para que, en el plazo de 30 días, junto con autor y víctima subsanen el mismo

7.- Si los términos del acuerdo no son cumplidos por el denunciado en el plazo previsto, el perjudicado puede revitalizar la queja en el plazo de un mes y se reabre el proceso penal.

8.- El plazo de prescripción del delito se suspende con el proceso de mediación hasta la comunicación al Fiscal de la mediación sin efecto o el transcurso del plazo dado para el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

9.- Por ultimo, la ley regula la figura del mediador y los costes del mismo. Estos últimos son a cargo del erario público. Son independientes en su labor y el poco control que poseen proviene del Ministerio Público, como ya hemos visto. Tienen prohibido intervenir como testigo o de cualquier otra forma en el proceso sometido a mediación.

10.- Los mediadores se extraen de una lista obrante en el Ministerio de Justicia y para entrar en ella necesitan, entre otros requisitos, poseer una licenciatura o experiencia profesional adecuadas, y superar un curso de formación reconocido por el Ministerio.

En el ámbito internacional, esta medicación se da también en los países iberoamericanos. Los modelos son diferentes, pero se caracterizan, fundamentalmente, por encontrarse residenciados fuera del estricto Poder Judicial como ocurre en el modelo portugués que hemos visto. Englobando las diferentes experiencias latinoamericanas, vemos que la Mediación penal, se da :

1. Dentro del Ministerio Público Fiscal, centralizado o descentralizado
2. Dentro de la Defensoría Pública, centralizada o descentralizada
3. Dentro de una Institución Legitimada tales como colegios de abogados, ong's, etc.

La misma va, generalmente unida a los programas restaurativos ya que en los acuerdos entre las partes, muchas veces se pactan determinadas obligaciones (por ejemplo, recurrir a un centro de tratamiento por adicción, psicológico, o reparar o devolver algún objeto etc) que sirven para restaurar las relaciones entre las personas involucradas, teniendo como función también proyectar actitudes que incidan en el futuro comportamiento del ofensor.

Puede ocurrir, también, que la conciliación entre la víctima y el victimario no constituya una alternativa al proceso o a la pena impuesta, sino que el acuerdo conciliatorio sea tomado en cuenta por la autoridad judicial para moderar la pena, que será establecida y cumplida, después de un proceso que se desarrollará normalmente según las previsiones legales ordinarias. En este caso, el cumplimiento de la reparación convenida con la víctima actuaría como motivo que permitiese al juez o tribunal imponer la sanción mínima posible, en uso de sus facultades para la individualización de la pena. Incluso cabe también dar entrada a la mediación-conciliación en la ejecución de la pena, permitiendo al condenado alcanzar beneficios penitenciarios, en función de la reparación a la víctima.

3.- El territorio específico de la mediación.

Frente a los modelos de otros países que siguen un esquema comunitarista, la mediación penal en el continente europeo se configura como un espacio paraprocesal, pero dentro del sistema de justicia. Esto nos hace preguntarnos por el nivel de independencia exigible a los mediadores con respecto a los organismos encargados de la persecución penal.

Como primera idea digamos que la independencia no equivale a la inexistencia de lazos o a la ausencia de niveles de control. El modelo por el que se decanta la Recomendación nº R (99) 19 del Consejo de Europa sugiere la oportunidad de que la autoridad judicial actúe como un mecanismo de garantía que controle no sólo los efectos de la introducción en el proceso del resultado del proceso de mediación, sino también que las condiciones procedimentales de su desarrollo no colisionen con los valores constitucionales propios del proceso penal. Ahora bien, el control debe ser externo al proceso de mediación. Un exceso de introduciría el riesgo de frustrar las finalidades que el proceso de mediación pretende. El proceso de mediación debe desarrollarse en condiciones de gran autonomía, sin que el control signifique confusión de funciones ni dependencia orgánica. De ahí la importancia de la autonomía funcional de los servicios de mediación y de que el equipo de mediación se sitúe en una posición marcadamente diferenciada del juez y del Ministerio Fiscal, tanto por la ubicación del servicio en un espacio físico distinto, cuanto que los servicios de mediación no se organicen como órganos objetivamente dependientes de la jurisdicción.

En cuanto a cual debe ser el órgano de control hay distintas opiniones y distintos modelos al respecto. Por un lado, hay quien piensa que debe ser el juez de instrucción o, en su caso, el juez de enjuiciamiento en la fase de juicio oral. Cree esta tendencia que el impulso del proceso mediador no debe quedar en manos del Ministerio Fiscal, como ocurre en otros países, ya que puede proyectarse una imagen de vinculación con el equipo de mediación que debilita la imagen de neutralidad de éste. Lógicamente, para que sea el Juez debe garantizarse su impermeabilización respecto a los contenidos e informaciones reveladas en las sesiones de mediación ya que, de otra forma, quedaría contaminado y peligraría la aplicación del principio de presunción de inocencia.

Para evitar esto el documento elaborado por el equipo de mediación debe limitarse a dar cuenta del acuerdo que se haya alcanzado o, en su caso, del resultado negativo, sin incluir datos sobre los hechos, obtenidos durante las sesiones, ni consideraciones sobre responsabilidad o actitudes demostradas durante el desarrollo de aquéllas.

La Recomendación (99) nº 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y los Principios Básicos de Naciones Unidas, no determina qué autoridad debe realizar dicha función de control.

Por eso otro sector considera que la autoridad que debe realizar el control del proceso, sin perjuicio del realizado por la autoridad judicial en el momento de dictar sentencia, es el Ministerio Fiscal. Este sistema no es desconocido en el derecho comparado, pero tampoco lo es en el español ya que es el sistema que se ha implantado en la jurisdicción de menores durante el trámite de instrucción (artículo 19 LORPM 5/2000), sin que eso dé lugar a ninguna de las consecuencias indicadas por los

partidarios de la tesis del control judicial y salva sin resquicio ninguno el principio de presunción de inocencia, ya que la condición de parte del Ministerio Fiscal evita que se de contaminación alguna.

Otras razones abundan en la bondad de esta tesis. El artículo 124 de la Constitución configura al Fiscal como el organismo que tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. En igual sentido se manifiesta el artículo 1 de su Estatuto Orgánico. En el artículo 3 de este al hablar de sus misiones se establecen, entre otras:

- Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa, lo que incluye los derechos fundamentales del imputado uno de los cuales es, sin duda, el de la posibilidad de rehabilitación y reinserción social.

- Velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas, lo que incluye el facilitar la reparación económica de la misma y, en lo posible, una efectiva reparación moral.

Pero es que, además, el Ministerio Fiscal es parte activa en la definición y ejecución de la política criminal del Estado. Y la llamada política restaurativa forma parte de esa política criminal que el Ministerio Fiscal coadyuva a realizar.

En el proceso de la mediación, por lo tanto, el Ministerio Fiscal es una pieza fundamental por que:

- Tiene la obligación de facilitar el cumplimiento de los fines de la pena y de defender los derechos fundamentales del autor de un delito por lo que, en cuanto la mediación redunda en ello, su intervención es decisiva.
- Debe velar por la satisfacción de las víctimas, a las que representa y defiende en el proceso penal, y con la mediación participa en esta labor.
- Debe defender el interés de la sociedad lo que, sin duda, se lleva a cabo de una forma mejor con mecanismos de los que la sociedad sea coparticipe.
- Es el encargado de impulsar en los Tribunales de Justicia la persecución penal por lo que no puede concebirse una actividad mediadora en el proceso penal sin su participación activa.

Por estos motivos, creemos que es la institución idónea para la realización del control del proceso de mediación que, al vehicularse en el proceso penal a través de la institución de la conformidad, será controlada judicialmente en sus resultados por los controles que la Ley de enjuiciamiento criminal concede al juzgador con respecto al instituto de la conformidad (artículo 787-3º LECrim).

4.-Perspectivas de futuro: ley de mediación y reformas procesales y penales.

Teniendo en cuenta la experiencia positiva de la Ley de responsabilidad Penal del Menor, en la que el Ministerio Público asume el papel de instructor, modelo que, por otra parte, coincide con el más implantado en el derecho comparado, con posibilidad de sobreseimiento de las actuaciones cuando haya concurrido conciliación con la víctima, puede concluirse de *lege ferenda*:

- En el caso en que, tal como se esta anunciando, se encomiende la instrucción al Ministerio Fiscal, nada impediría el articular la mediación en la fase de instrucción de modo que en aquellos supuestos en que se hubiese llegado a un acuerdo satisfactorio para las partes, el proceso se paralizase sin necesidad de llegar al plenario. Podría ser interesante el establecer la llamada libertad a prueba. Otorgada ésta, si en un plazo de tiempo determinado en el auto de concesión de la misma, no concurre nuevo delito y se ha producido el efectivo cumplimiento de las reglas de conducta que, en su caso, se hubieran impuesto, se procederá al archivo definitivo de las actuaciones. Esta posibilidad se encuentra, como hemos visto, en el proceso penal de menores y en otros ordenamientos jurídicos como el austriaco o el alemán.
- Para lograr una mayor seguridad jurídica deben incorporarse a la legislación algunos principios como la posibilidad de reparación simbólica, parcial, etc.
- Debe incentivarse la sinceridad del inculpado. No se trata de negar el principio de que nadie está obligado a declarar en su contra, pero, desde luego, constituye un sin sentido que se incentive la mentira por sistema. Debe premiarse penalmente la verdad material y toda ayuda a su descubrimiento.
- Nada impide que pueda fijarse como pena la propia reparación a la víctima que tenga lugar a través de la mediación. También se podría articular flexiblemente durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad con objeto de anticipar la condena condicional. Debe fijarse la posibilidad de suspender los plazos procesales durante un plazo razonable para el desarrollo de la mediación ya que, en la misma, son las partes las que gestionan de forma autónoma el tiempo. Ahora bien, lo anterior no excluye la necesidad de que los plazos del proceso de mediación deban articularse con las exigencias de que el proceso judicial se desarrolle en un tiempo razonable. El plazo señalado no puede interpretarse preclusivo. El control judicial mediato sobre el desarrollo del proceso de mediación puede justificar que, en efecto, en un supuesto de prolongación excesiva el juez ordene su clausura y la consiguiente reactivación del proceso judicial, pero, en todo caso, deberá identificarse una ausencia notable de razones que justifiquen la demora, un riesgo de que la acción penal pueda extinguirse por prescripción o un pronóstico cierto de que la continuación del proceso de mediación no comportará la obtención de acuerdos razonables. Esta suspensión del curso de la causa debe acrecer de relevancia a efectos

prescriptivos. Se hace necesario establecer cláusulas por las que se dejen sin efecto trámites de urgencia para el enjuiciamiento que puedan impedir el proceso de mediación, en los casos de juicios rápidos sin que ello suponga, en el caso de que no se alcancen acuerdos restaurativos, que el inculcado pierda expectativas de conformidad privilegiada.

- El acuerdo reparatorio al que lleguen las partes tras un proceso de mediación y su efectivo cumplimiento cabría considerarlo, en relación con determinados delitos, como un supuesto de causa de exclusión material de la pena, similar en su alcance a las llamadas excusas absolutorias.
- También, a nuestro parecer, cabría contemplar como atenuante específica la participación comprometida del inculcado en un proceso de mediación, aun cuando no se llegara finalmente a un acuerdo restaurativo.
- También sería conveniente la expresa inclusión de la participación voluntaria en programas de mediación como condición conductual para la suspensión o sustitución de la pena, y la consideración del acuerdo reparatorio que se alcance y su cumplimiento como esfuerzo de reparación a tales efectos.
- el derecho de asistencia letrada no debe impedir que las sesiones de contenido comunicacional entre las partes se realicen sin presencia de abogados. Ésta puede darse al inicio de la mediación, en las entrevistas individualizadas previas para garantizar mejor la libertad y la previa condición de informado del consentimiento que se preste y a la finalización del proceso, en el momento de formalización del acuerdo, para ayudar a comprender mejor su alcance o ajustar las fórmulas restaurativas a los límites permisibles.
- La documentación enviada al juzgador no puede contener informaciones sobre los hechos o valoraciones subjetivas de responsabilización. En el caso de un proceso de mediación que termine sin acuerdo debe limitarse a dar cuenta de ello. La participación en el proceso puede, sin perjuicio de su resultado, tomarse en cuenta como presupuesto para la aplicación de circunstancias atenuatorias o adoptar decisiones suspensivas o sustitutivas en fase de ejecución de sentencia.
- Deben regularse plazos de control del cumplimiento de lo acordado, también sin relevancia prescriptiva cuando impliquen suspensión del curso de la causa.
- Debe prohibirse, por último, el acceso a la información obtenida en el proceso de mediación por parte de los órganos judiciales y de valoración, directa o indirecta, de la información que proveniente de dicha fuente puedan pretender introducir las acusaciones en el juicio, salvo consentimiento expreso de las partes, en particular de la persona acusada.

Creemos que, con el respeto de estas líneas generales, y unos equipos de mediación suficientemente dotados estaremos ante un instrumento útil en la

lucha contra las actividades delictivas que evite las consecuencias negativas que, para la víctima, tiene el proceso penal, así como, que constituya una vía alternativa para la rehabilitación y reinserción social de la persona delincuente.