

INTRODUCCION A LA MEDIACION PENAL PARA POLICIA LOCAL



AUTOR: JOSE LUIS JIMENEZ
MADRIGAL



AUTOR Y EDICION:

©JOSE LUIS JIMENEZ MADRIGAL

Policía Local de Andújar (Jaén)



© Reservados todos los derechos del Autor, queda prohibida cualquier copia total o parcial de esta obra para su inclusión en otras publicaciones, salvo autorización expresa de su autor. Queda autorizada su impresión y difusión por cualquier tipo de medio.

INDICE

I. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES.....	1
1. Concepto	1
2. Notas esenciales.....	1
II. RÉGIMEN JURÍDICO	3
1. Legislativo	3
2. Judicial	4
III. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN	5
IV. LOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL	7
EL PRINCIPIO MATERIAL DE OPORTUNIDAD.....	7
1. Supuestos comunes	8
2. Supuestos específicos.....	10
V. LOS PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES	12
1. Voluntariedad	12
2. Gratuidad	13
3. Confidencialidad.....	13
4. Oficialidad	13
5. Flexibilidad	14
6. Bilateralidad	14
VI. EL PROCEDIMIENTO	14
LAS DILIGENCIAS POLICIALES DE PREVENCIÓN.....	14
FASE INSTRUCTORA.....	15
VII. LA FINALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN	18
1. LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO.....	18
2. LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA.....	18
VIII. BIBLIOGRAFIA	21

I. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES

1. Concepto

La mediación penal es como un medio mixto (auto y heterocompositivo) de solución de los dos conflictos subyacentes en el proceso penal, informado por el principio de oportunidad, al que las partes pueden acudir siempre y cuando el investigado reconozca su participación en el hecho punible y manifieste su voluntad reparadora, mediante el cual un tercero imparcial, el mediador, intentará aproximar al agresor y a su víctima para que, tras la pertinente indemnización de aquél a la víctima, se solucione su conflicto intersubjetivo y pueda la defensa proponer al MF una conformidad negociada que finalice con una sentencia en la que, cumpliéndose los fines de prevención de la pena, se pueda obtener también la reinserción del imputado.

2. Notas esenciales

Del referido concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

A) NATURALEZA DE LA MEDIACIÓN

La mediación penal es un **medio mixto** de solución de los conflictos: a) **autocompositivo** en todo lo referente al litigio surgido entre las partes privadas como consecuencia de los daños producidos en la esfera patrimonial y moral de la víctima, los cuales han de ser puntualmente reparados por el victimario, y b) **heterocompositivo** en todo lo relativo al objeto principal del proceso, cual es la pretensión penal, la cual ha de satisfacerse generalmente mediante una sentencia de conformidad.

B) EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

A diferencia de la mediación civil que está presidida por el principio **dispositivo** y que, por tanto, dicho principio se encuentra vigente en la autocomposición del conflicto intersubjetivo, la heterocomposición del conflicto penal social se encuentra informada por el principio de **oportunidad**.

La vigencia de dicho principio autoriza al órgano jurisdiccional, en los supuestos expresamente previstos por la Ley, a adoptar las siguientes resoluciones: desde la no incoación del proceso penal (así, la querrela en los delitos privados o la denuncia en los delitos semipúblicos con interés privado) hasta la obtención de un sobreseimiento o de una resolución absolutoria (si se produjera el perdón del ofendido en los referidos delitos semipúblicos y en los privados), pasando por la posibilidad de sustituir una pena privativa de libertad por otra limitativa de derechos (así, la suspensión condicional de la pena privativa) o la de obtener una rebaja sustancial de la pena (mediante la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño o de tipos penales que conlleven el principio de oportunidad).

C) PRESUPUESTO

Presupuesto esencial de la mediación es la **confesión** del imputado. Sin el reconocimiento por parte del investigado o encausado de la existencia de un hecho punible y de su autoría no puede iniciarse el procedimiento de la mediación.

Pero dicha confesión ha de ser libremente prestada, sin someterla a género alguno de coacción, pues en el proceso penal rige, con toda su plenitud, la presunción de inocencia.

La confesión del imputado conlleva implícitamente su arrepentimiento, lo que, unido a su disposición reparadora, podrán posibilitar la aplicación de las **atenuantes muy cualificadas** previstas en las circunstancias 4ª y del art. 21 CP y obtener una rebaja en la pena de hasta **dos grados** (art. 66.1. 2ª CP).

D) EL MEDIADOR

Característica esencial de este medio de solución de los conflictos es la intervención del **mediador**, en quien ha de concurrir los requisitos de **profesionalidad, neutralidad e imparcialidad**. Pero el mediador, a diferencia del árbitro, no soluciona el conflicto, sino que su función, realizada fundamentalmente a través de distintas audiencias, consiste en dialogar con las partes y persuadidas de que intenten una solución autocompositiva en todo lo referente a la pretensión civil y heterocompositiva en la penal.

E) OBJETO

El objeto de la mediación consiste, en primer lugar, en obtener una **reparación** de la víctima de manera que, mediante la solución de su conflicto intersubjetiva, se satisfaga puntual y plenamente su derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta satisfacción de la víctima permitirá, de un lado, que no comparezca en el proceso penal como acusador particular, en cuyo caso se opondría a una eventual sentencia de conformidad y ocasionaría la frustración de la mediación penal y, de otro, autorizará al órgano jurisdiccional a aplicar la referida atenuante del art. 21. 5ª CP o la suspensión de la pena si se ha efectuado dicha reparación (art. 80.1. II y 2. 3ª CP).

F) LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

La mediación puede ocasionar un auto de sobreseimiento (así, el supuesto del art. 963 .1.1ª LECrim o el de la petición vinculante de sobreseimiento del art. 782 LECrim.) pero lo más normal será finalizar el proceso mediante una **sentencia explícita o implícita de conformidad**.

a) Denominamos **sentencia explícita** de conformidad a la que puede obtenerse, bien dentro de la instrucción ante el Juez de Guardia, en el enjuiciamiento rápido (arts. 801 y 779 .1.5 LECrim), bien en el juicio oral, normalmente como **conformidad negociada** o «*plea bargaining*», al amparo de lo dispuesto en el art. 787.1 LECrim. b) Por el contrario, la **sentencia implícita** de conformidad sucederá dentro del juicio oral, lo que necesariamente ha de ocurrir, como veremos, en los delitos de violencia de género o cuando la pena solicitada exceda de los 9 años de privación de libertad (art. 757 LECrim), en cuyo caso, debido a la existencia de la congruencia cuantitativa a la petición de pena del MF (art. 789.3 LECrim) el MF puede obtener extraprocesalmente una conformidad negociada con la defensa lo que ocasionaría una sustancial rebaja en la individualización de la pena.

G) LA REINSERCIÓN DEL IMPUTADO

Una de las finalidades esenciales de la mediación penal reside en la obtención de la reinserción del imputado o, al menos, la de evitar los efectos criminógenos que la pena privativa de libertad le puede deparar. Y es que, diga lo que diga el art. 25.1 CE, la pena privativa de libertad no sirve para la rehabilitación del condenado, pues, los centros penitenciarios suelen ser para los jóvenes no reincidentes, en muchas ocasiones, auténticas «escuelas de la delincuencia». Por ello, hay que evitar, en la medida de lo posible, que sobre todo el joven delincuente no reincidente sea sometido a una prisión provisional o a una pena privativa de libertad definitiva. Para el logro de este objetivo, surge también la mediación penal que, fundamentalmente en los supuestos de delitos menos graves con pena privativa no superior a los 2 años, permite la suspensión de dicha pena (art. 80 CP) o su conversión en otra privativa de derechos (art. 83 CP), lo que autoriza al MF a instar del Juez una **sentencia de conformidad bajo condición de cumplimiento por el condenado de determinadas prestaciones que contribuyan a su rehabilitación** (así, por ej., el sometimiento voluntario a un procedimiento de curación alcohólica o de dependencia al consumo de drogas -art. 83 .1. 7ª CP).

II. RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen jurídico de la mediación penal es doble: legislativo, en todo lo referente a la mediación de la pretensión de resarcimiento, y judicial, con respecto a la mediación de la pretensión penal.

1. Legislativo

Al constituir la pretensión de resarcimiento, tal y como se ha reiterado, una **pretensión civil**, es claro que a ella le es aplicable el régimen establecido por **la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles**, desarrollada por el RD 980/2013, de 13 de diciembre, sin que resulte invocable su excepción, contenida en su art. 2.2.a, según la cual queda excluido del ámbito de aplicación de dicha Ley «*la mediación penal*»; excepción que alcanza plenamente a la mediación de la pretensión penal, pero no a la de la pretensión civil acumulada a dicho proceso penal, pues la pretensión civil de resarcimiento es distinta: tan sólo tiene relación con la pretensión penal en todo lo relativo a su causa de nacimiento, esto es, a la comisión del delito como fuente del nacimiento de la obligación de reparación del daño (art. 100 LECrim).

Dicha pretensión civil, como se ha dicho, la puede reservar el perjudicado para interponerla ante la jurisdicción civil (art. 108 LECrim), rigiéndose, en tal caso, con toda su plenitud por la mencionada Ley 5/2012, de 6 de julio.

Ahora bien, si no la reservara, se acumulará al proceso penal, en cuyo caso, no por esta circunstancia, perderá su naturaleza. Antes, al contrario, de conformidad con lo establecido en los arts. 600, 614 y 764.2 LECrim, la LEC no será de mera aplicación supletoria -tal y como dispone su art. 4- sino de **aplicación directa**. La LEC es supletoria para el enjuiciamiento de la pretensión penal, pero

no para el de la civil, que siempre que sea posible, habrá de aplicarse directamente en su totalidad.

Es más, la existencia de la prohibición establecida por el art. 2.2.a de la Ley 5/2012 no impedirá, en virtud de lo dispuesto en el art. 4 LEC y hasta tanto el Poder Legislativo promulgue la pertinente Ley de la mediación penal o promulgue los textos prelegislativos de reforma de la LECrim de 2011 o 2013 que lo contemplan, que sean de **aplicación supletoria II a la pretensión penal lo dispuesto en sus Títulos 11** (<<Principios informadores de la mediación>>), **111** (<<Estatuto del mediador>>) y **IV** (<<Procedimiento de mediación>>) **de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación**, cuyos preceptos son perfectamente compatibles con la naturaleza de la pretensión penal.

Y lo mismo cabe afirmar en todo lo referente a la legislación autonómica sobre la mediación, la cual ha de respetar la competencia estatal sobre «*legislación procesal*» (art. 149.1.6ª CE). Por tanto, las C.C.A.A. pueden legislar sobre los aspectos orgánicos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (así, por ej ., sobre las entidades de mediación o el régimen jurídico de los mediadores en el ámbito autonómico), así como sobre la mediación pre-procesal, pero nunca acerca de la intra procesal o judicial que corresponde al Estado central.

2. Judicial

Tratándose de la mediación penal, hay que distinguir la de menores, de la de adultos.

A) MEDIACIÓN DE MENORES

La mediación penal de menores se encuentra contemplada por el art. 19 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que impropiaamente la denomina «conciliación», cuando en realidad se trata de una mediación.

B) MEDIACIÓN DE ADULTOS

Con independencia de la mención a la mediación que efectúan los arts. 5 .1. k y 15 de la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima del delito, la mediación penal de adultos se encuentra todavía huérfana de regulación normativa, si bien la ausencia de una Ley de mediación no ha impedido, ni impide su aplicación por la mayoría de nuestros Juzgados y Tribunales.

En efecto, la existencia de la prohibición de la aplicación de la referida Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a la penal, que contiene su art. 2.2.a, no ha supuesto obstáculo alguno para que la mediación penal haya acabado imponiéndose en nuestros órganos jurisdiccionales penales de instancia, aunque, ante la ausencia de previsión normativa, no se rigen por disposición normativa alguna, sino por auténticos **usos judiciales**.

Y es que aquí el Poder Judicial, ante este vacío normativo, se ha adelantado al Legislativo y ha instaurado, en la práctica forense, la mediación penal como auténtico fenómeno de **creación judicial del Derecho**.

En efecto, al igual que en otros países también en España y con fundamento en determinada legislación europea de protección a la víctima, a partir de la segunda mitad de la década de los años 90 se han instaurado, en determinados

Juzgados de Valencia, Cataluña, Madrid, La Rioja, País Vasco, Andalucía, Alicante o Zaragoza experiencias en mediación penal que se han revelado en la práctica con un nivel de satisfacción incluso superior a la mediación civil. De este modo, según información facilitada por el CGPJ, de las 104 mediaciones civiles efectuadas en el año 2015 finalizaron con acuerdo 48, lo que origina una «*ratio*» del 46' 15% de triunfo de la mediación, mientras que, en la jurisdicción penal, durante ese mismo año, 2015, se realizaron **1.881 mediaciones**, de las que obtuvieron acuerdo 1.491, lo que significa un **79'26%** de éxito de la mediación penal.

No obstante, dicho éxito, lo cierto es que, ante la inexistencia de una Ley específica o de una reforma de nuestra LECrim que prevea su regulación, su régimen jurídico es todavía inexistente, debiéndose acudir, tal y como se ha adelantado, a los **usos forenses**, que de algún modo pretenden ser armonizados por el **Protocolo de la Mediación Penal**, contenido en la «*Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*», editado por el CGPJ.



III. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN

Del considerable número de mediaciones, su inmensa mayoría proceden de las antiguas «faltas», hoy delitos leves, con las que se pretende descongestionar a los juzgados.

Ciertamente son principios de **economía procesal** los que indujeron al legislador a instaurar un principio de oportunidad (en el que estriba el fundamento, como veremos en la lección 2ª, de la mediación penal) en los arts. 963 .1.1ª y 964.2.a LECrim (introducidos por la LO 1/2015), que permiten al Juez al inicio de la instrucción acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias de los delitos leves, cuando se haya reparado el daño y no exista

denuncia del perjudicado, circunstancias ambas que presuponen la mediación penal.

A través de la mediación, si se efectúa en sede de «Diligencias Previas», se va a prevenir la comisión de «dilaciones indebidas», pues, no hay que olvidar que la lentitud en nuestra justicia penal sucede fundamentalmente dentro de la fase instructora.

Con todo, ni debiera ser ésta la única causa de la mediación penal, ni la preferente, pues, tal y como ya se ha indicado, a través de la mediación penal de lo que se trata es de solucionar rápidamente ambos conflictos del proceso penal, tanto el social, como el intersubjetivo, mediante la aplicación del Derecho Penal y del Civil de daños a fin de otorgar puntualmente satisfacción al **derecho a la pretensión resarcitoria de tutela** de la víctima y al **derecho a la reinserción social** del investigado.

Más concretamente, el CGPJ ha resumido las ventajas de la mediación en las siguientes:

***Para la víctima:** le hace participar activamente y de forma voluntaria en la resolución del conflicto que le afecta. Le permite ser reparada por los daños y perjuicios tanto morales como materiales sufridos y la recuperación de la tranquilidad personal.*

***Para el encausado:** le facilita la concienciación y el responsabilizarse de las propias acciones y consecuencias, así como la posibilidad de entender el delito y obtener beneficios previstos en el Código Penal.*

***Para la justicia:** le proporciona una nueva concepción, nuevas formas de respuesta penal con sentido educativo, promoviendo actitudes hacia la responsabilización y la reparación.*

***Para la sociedad:** le da a conocer otras formas de reacción de la justicia, acercando la justicia a los ciudadanos; puede facilitar una disminución de la conflictividad social»*

Según el referido «Protocolo de la Mediación Penal», puede afirmarse que sus ventajas, frente al proceso penal, pueden sintetizarse del siguiente modo: menor coste económico, genera empatía para las partes, una muy alta probabilidad de cumplimiento y prevención de conflictos futuros.

A través de la mediación, puede alcanzarse una más rápida solución, tanto del litigio civil, como del conflicto penal y, por consiguiente, la obtención de la pronta satisfacción del derecho a la tutela de la víctima y la reinserción del investigado, sin que su ausencia de ingreso en un establecimiento penitenciario, pero con la adopción de penas limitativas de derechos suponga el incumplimiento de los fines de prevención, general y especial, de la pena.



IV. LOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL

EL PRINCIPIO MATERIAL DE OPORTUNIDAD

La mediación penal, como se ha dicho, constituye una manifestación del principio de oportunidad, que, aun cuando, a diferencia del de legalidad (arts. 124.1 CE, 100, 105.1 LECrim, 1, 3, 4 y 6 EOMF), no se encuentre expresamente proclamado en nuestro ordenamiento, sí que está vigente en los supuestos contemplados en la Ley.

Por principio de oportunidad cabe entender la facultad que el ordenamiento procesal confiere al MF para que, no obstante, la sospecha de la comisión de un delito público, pueda dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una conformidad que efectúe una reducción sustancial de la pena a imponer al encausado en los casos expresamente previstos por la norma y siempre y cuando hayan de tutelarse intereses constitucionalmente protegidos.

La vigencia del principio de oportunidad constituye un presupuesto necesario de la viabilidad de la mediación penal, puesto que, en la práctica forense, esta solución heterocompositiva tan sólo sucederá cuando una norma material de nuestro CP pueda otorgar a la defensa una determinada ventaja en la reducción de la pena, lo que constituirá para ella su causa que le permita suscribir el negocio jurídico de conformidad.

De lo dicho se desprende que dicho principio no permite la consagración de la arbitrariedad, ni se opone al de legalidad, sino que más bien lo complementa en la medida en que son razones de política criminal y de interés público los que autorizan al legislador a permitir las rebajas en la pena, siempre y cuando se cumpla el presupuesto fáctico de la norma penal habilitante.

Hablar, pues, de «oportunidad reglada» es hoy una tautología pues, por supuesto, la aplicación del principio de oportunidad exige también el cumplimiento del principio de legalidad.

Y es que el principio de oportunidad, como se ha dicho, no ampara la arbitrariedad, ni los intereses espurios. Dicho no-ejercicio de la acción penal o petición de sobreseimiento ha de estar, en primer lugar, autorizado por una norma procesal y, en segundo, fundado en un interés constitucionalmente protegido.

Cuáles sean esos intereses constitucionalmente protegidos nos lo determina el art. 124.1 CE, el cual faculta al MF no sólo a «*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad*», sino también en la «*de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*».

En el proceso penal por «*interés público*» hay que entender el «*ius puniendi*» del Estado, para cuya aplicación es necesario el descubrimiento de la verdad material, lo que aconseja, por ejemplo, que, en supuestos de terrorismo o de criminalidad organizada (extensible «*de lege ferenda*» a la lucha contra la corrupción política), los autores de delitos puedan beneficiarse de una rebaja de la pena, si, a través de la confesión/delación, colaboraran eficazmente con el MF en orden a determinar la responsabilidad penal de los principales autores o al desmantelamiento de la organización criminal. También responde a esta tutela del «interés público», como veremos, la **protección de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social**.

Y «*por derechos de los ciudadanos*» en el proceso penal cabe entender, tanto el derecho a una pronta **reparación de la víctima**, como el del **encausado a su reinserción social**, así como a obtener una **pena proporcionada con su culpabilidad**.

Veamos, a continuación, con base en qué intereses públicos o tutela de los derechos de los ciudadanos nuestro Código Penal autoriza la aplicación de este principio de oportunidad y posibilita, por tanto, la solución del conflicto a través de la mediación penal.

Distinguiremos, a tal efecto, los supuestos comunes, contenidos en la Parte General, de los especiales.

1. Supuestos comunes

Son supuestos comunes de aplicación del principio de oportunidad y aplicables, por lo tanto, a cualquier género de proceso, la atenuante cualificada de la regla Y del art. 21 CP, la remisión condicional del art. 80 y la suspensión o conversión de la aplicación de la pena privativa de libertad del art. 82 CP.

A) LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO

Tal y como establece el art. 21. 5ª CP, constituye una circunstancia atenuante «*la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*».

Esta circunstancia, que suele ir acompañada con la de arrepentimiento de la regla 4ª del art. 21 CP (pues la mediación exige, como se ha dicho, la confesión del hecho por parte del investigado), puede ser solicitada por el MF como muy cualificada, en cuyo caso permitirá una rebaja de la pena de hasta dos grados (art. 66.1. 2ª CP).

Pero, la aplicación de esta atenuante exige que lo sea en una sentencia **explícita de conformidad**, esto es, pronunciada «*con anterioridad a la celebración del juicio oral*».

Incluso con mucha anterioridad, tratándose de delitos leves, si se cumplen los requisitos contemplados en el art. 963 .1.1^a LECrim, el Juez de Instrucción podrá acordar, tan pronto como reciba el atestado, el sobreseimiento. Dispone a este respecto el referido precepto (introducido por la LO 1/2015) que el Juez de Instrucción ... «acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho.

*En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la **reparación del daño** y no exista denuncia del perjudicado»* (arts. 963.1.1^a y 964.2.a LECrim).

De la redacción del precepto claramente se infiere, pues, que, para que proceda este sobreseimiento por razones de oportunidad, el art. 963.1.1^a requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) que el procedimiento verse sobre un delito leve de muy escasa gravedad, atendida «la naturaleza del hecho y sus circunstancias» o, lo que es lo mismo, que el objeto del proceso lo constituya un delito «bagatela» (hurtos de escaso valor en supermercados ...) o atendidas «las circunstancias de su autor» (y, así, habrá de ponderar si fuera o no reincidente y el peligro de reiteración); b) que el MF solicite expresamente el sobreseimiento; c) que, en los delitos patrimoniales, se haya reparado el daño (así, por ej., la devolución de la cosa sustraída), y e) que «no exista denuncia del perjudicado».

En cualquier caso, el auto de sobreseimiento ha de notificarse a la víctima (arts. 63 6 y 779 .1.1^a LECrim y art. 7 .1 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima), quien podrá impugnarlo y obtener la reapertura de la instrucción.

B) LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La suspensión ordinaria de la ejecución de las penas privativas de libertad del art. 80 CP tiene como finalidad conjurar el riesgo de reiteración delictiva y (aunque la Ley no lo diga) posibilitar la reinserción del investigado.

Para la aplicación de la suspensión ordinaria de la pena es necesario que: a) la condena sea inferior a los 2 años de privación de libertad (art. 80.2. 2^a) o a los 5 en el caso de drogodependientes⁵; b) que el investigado «haya delinquido por primera vez» (art.80.2. 1^a) y c) «que **se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado ...**» (art. 80.2. 3^a).

Téngase en cuenta que el pago a la víctima de su indemnización posibilitará además rebajar la pena hasta 2 grados con lo que la comisión de un delito grave puede, a través del cumplimiento de la circunstancia atenuante del art. 21. 5^a CP, alcanzar este límite cuantitativo y hacerse acreedora la conducta de la suspensión de la pena privativa de libertad.

El Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las prestaciones que los arts. 83 y 84 CP establecen, de entre las que se encuentra «el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación» (art. 84.1.18, introducido por la LO 1/2015) y que, en general, están dirigidas a obtener su reinserción social. De aquí que el establecimiento de estas

prestaciones haya de realizarse en una sentencia, explícita o implícita de conformidad, pero **bajo condición suspensiva** de su efectivo cumplimiento, de tal suerte que, si el condenado no llevara a buen término sus finalidades de reinserción o de amparo de la víctima, el órgano jurisdiccional podrá revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 86 CP). E idéntica solución, la de la condición suspensiva, puede suceder en la aplicación de la suspensión extraordinaria a los drogodependientes del art. 80.5 CP.

2. Supuestos específicos

Como supuestos específicos del principio de oportunidad en los que una norma penal autoriza al MF a solicitar y al Tribunal aplicar una rebaja sustancial de la pena, caben mencionar, sin ningún ánimo exhaustivo, los siguientes:

A) FUNDADOS EN UNA MEJOR APLICACIÓN DEL <<*ius Puniendi*>>

Existen preceptos en el CP que, tratándose de delitos de criminalidad organizada, el autor que, mediante su delación, colabore en su persecución, puede beneficiarse de sustanciales rebajas en la pena.

Así el art. 579 bis.3 CP, inspirándose en el parágrafo 153.e de la StPO alemana y, en último término, en la legislación antiterrorista italiana, estableció y mantiene el principio de oportunidad vía material en los delitos de terrorismo, mediante la instauración de rebajas de la pena en uno o dos grados para aquellos terroristas que efectuaran dicha delación y que colaboren activamente para el desmantelamiento de la organización terrorista.

Algo similar ocurre también con la delación de los representantes de las personas jurídicas que, a modo de los «*whistleblowers*», se encuentra prevista como circunstancia atenuante en el art. 31 quater CP o en la delación de miembros pertenecientes a organizaciones criminales contra la salud pública contemplada en el art. 376 CP o, en general, la de los integrantes de cualquier grupo u organización criminal-art. 570 quater.4 CP.

B) PROTECCIÓN DEL ERALENDO PÚBLICO

Otro grupo de delitos, informados asimismo por el principio de oportunidad, lo integran el delito fiscal y contra la Seguridad Social.

De este modo, el art. 305.4 CP contempla como condición objetiva de punibilidad la regularización de la deuda fiscal en cuyo caso, cumplida esta condición, si se iniciara el proceso, habrá de finalizar mediante auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria.

Asimismo, el número 6º del mismo precepto consagra una atenuación de la pena, consistente en satisfacer la deuda tributaria en un plazo de 2 meses posteriores a la citación judicial como imputado en cuyo caso se le autoriza al MF a solicitar una rebaja de pena de uno o dos grados (art. 570 quater. 4).

Similares prescripciones consagran los arts. 307.3 y 514 y 307 ter 3 y 6 del CP en todo lo referente a los delitos contra la Seguridad Social.

C) REPARACIÓN DEL DAÑO

En estrecha relación con el interés público de la reparación de la víctima se encuentra también, sobre todo en delitos de riesgo, la reparación del daño causado.

Así, en los delitos de incendios, la reparación del daño ocasionado posibilitará la rebaja de la pena en uno o dos grados (arts. 351 y 358 bis CP) y, en los delitos contra la ordenación del territorio, urbanismo, protección del patrimonio histórico y medio ambiente, dicha reparación permitirá la rebaja en un grado de la pena (art. 340 CP).

D) LA REINSERCIÓN DEL IMPUTADO

Cuando el CP permite la sustitución de la pena privativa de libertad por otra de multa o privativa de derechos es claro que, aunque la norma no lo diga, lo que se persigue es obtener la reinserción del imputado al evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad.

Ello es lo que acontece, por ejemplo, con el art. 181 .1 CP relativo a los abusos sexuales sin violencia o intimidación¹⁹ o con lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 376 CP permite al órgano jurisdiccional rebajar la pena en uno o dos grados si el drogodependiente concluyera con éxito su procedimiento de deshabitación y el art. 80.5 que, como se ha dicho, permite la suspensión de la ejecución de la pena.

E) LA ESCASA CULPABILIDAD DEL INVESTIGADO

Finalmente, otro importante grupo de delitos autorizan al MF a instar del Tribunal una sustancial rebaja de la pena cuando la culpabilidad del investigado fuera escasa. Ello es lo que acontece, por ej., con lo dispuesto en el art. 65.3 referente a la culpabilidad del *extraneus*, con los delitos que pudiera cometer el receptor de un órgano humano ilícitamente trasplantado (art. 156 bis.2), con el de corrupción en los negocios del art. 286 bis.con el delito contra los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis.6 o los delitos contra la salud pública previstos en el segundo párrafo del art. 368 , con el delito de reunión o manifestación ilegal del art. 514.2 o el de tenencia ilícita de armas del art. 565 CP.

F) LA TUTELA DE LA VÍCTIMA

En nuestro Código Penal, la tutela de la víctima puede ser absoluta o relativa.

a) La absoluta integra otra manifestación del principio de oportunidad que se manifiesta en las **acciones penales privadas** o, dicho en otras palabras, en las acciones derivadas de la comisión de un delito privado.

En estos delitos, el ofendido ostenta, tanto el monopolio del ejercicio de la acción penal, como también le puede asistir el de la extinción, mediante el perdón, de la responsabilidad penal.

Este derecho absoluto, tanto a la no perseguibilidad del delito, como a la extinción de la responsabilidad penal del delincuente tan sólo sucede en los delitos privados, los cuales vienen determinados por los de injurias y calumnias (art. 215.1 CP).

b) En los delitos semi públicos la tutela de la víctima es más relativa, habiéndose de distinguir: a) Los del **monopolio relativo de la acción penal por el ofendido**, que posibilitará su ejercicio por el MF cuando éste estime la prevalencia del «*interés público*». Nos estamos refiriendo a los **delitos semipúblicos con interés público** que están integrados por los de agresiones, acosos y abusos

sexuales (art. 191), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y Los consumidores (art. 287) y los delitos societarios (art. 296).

b) Los **delitos semipúblicos «puros»**, en los que el ofendido conserva el monopolio de la acción penal, pero no el de la extinción del proceso mediante la remisión. Tales delitos vienen integrados exclusivamente por los delitos de reproducción asistida (art. 162), de abandono de familia contemplados en el art. 228, el homicidio cometido por imprudencia menos grave (art. 142.2. IV), las lesiones y coacciones de carácter leve (arts. 147.4, 152.2.IV y 172.3), las injurias de violencia doméstica de carácter leve (art. 173.4, introducidos por la LO 1/2015) y los delitos leves sin interés público y patrimoniales (arts. 963 .1.1^a y 964.2.a LECrim, introducidos por la Disp. Final 2.10 de la LO 1/2015).

c) Los **delitos semipúblicos con interés privado**, en los que el ofendido es dueño de la incoación y de la extinción del proceso penal, por cuanto sin su denuncia no se incoará el proceso y puede finalizarlo a través del perdón, con lo que vienen a asemejarse estas acciones con las dimanantes de la comisión de delitos privados. A esta categoría pertenecen los delitos de descubrimiento y revelación de secretos por los particulares (art. 201 CP) y los de daños (art. 267.II y III).

V. LOS PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES

Denominamos principios procedimentales a los que informan la actividad formal de la mediación o, lo que es lo mismo, los actos procesales que hay que realizar para que, a través de la mediación, reciban satisfacción, tanto la pretensión penal, como la civil de resarcimiento.

Según el *Protocolo de la Mediación Penal del CGP J1*, que puede consultarse en el anexo I (epígrafe 3), estos principios están integrados por los de **voluntariedad, gratuidad, confidencialidad, oficialidad, flexibilidad y bilateralidad, que hemos de transcribir respetando su literalidad.**

1. Voluntariedad

El procedimiento de mediación exige que la participación en él, tanto del investigado, como de la víctima sea absolutamente voluntaria.

El investigado, en primer lugar, ha de solicitar o manifestarse de acuerdo con la apertura de este procedimiento, porque a él le asisten los derechos fundamentales a la defensa y a la presunción de inocencia, razón por la cual, si fuere coaccionado (con la conminación de una eventual sentencia desfavorable o más gravosa, si no se sometiera a la mediación), nos encontraríamos ante la nulidad de dicho acuerdo de mediación y su resultado una prueba de valoración prohibida por vulneración del art. 24.2 CE.

Asimismo, la víctima tampoco puede ser coaccionada, pues puede oponerse a las propuestas de mediación, impugnar las resoluciones de archivo o sobreseimiento e incluso comparecer como parte acusadora para solicitar la aplicación del «ius puniendi».

2. Gratuidad

Según el referido Protocolo del CGPJ, *«el proceso será totalmente gratuito, debido al carácter público que tiene el Derecho penal; los gastos derivados de la mediación serán asumidos por la Administración de Justicia».*

3. Confidencialidad

Las sesiones de la mediación son absolutamente confidenciales, lo que implica su **secreto absoluto frente a la sociedad**, sin que pueda prevalecer en ningún caso el derecho a emitir información veraz del art. 20.1. d de la CE; pero también el **secreto es relativo con respecto al órgano jurisdiccional**, quien tan sólo puede conocer de la iniciación y finalización, mediante el acuerdo de mediación, pero nunca ha de conocer de las demás actuaciones de la mediación incluso de la pertinente acta.

La razón de esta limitación es clara: asistiéndole al investigado o encausado la presunción constitucional de inocencia del art. 24.2 CE, constituiría una prueba constitucionalmente prohibida la remisión de la información contenida en el procedimiento de mediación al órgano jurisdiccional. Y es que al imputado le asiste el derecho a la más absoluta confidencialidad, debiendo tan sólo conocer de dicha información las partes procesales y el mediador, quienes *«se obligan a respetar la confidencialidad al firmar el acta de la sesión constitutiva de Mediación. La confidencialidad para los letrados de las partes se ancla al principio de buena fe. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico»*, dispone literalmente el citado Protocolo

El problema reside en la imprevisión del estatuto disciplinario, ya que, ni el periodista, ni el Abogado, que infringen su obligación de secreto, contraen responsabilidad alguna. No existe responsabilidad penal, porque el art. 466 CP circunscribe la obligación de secreto a *«actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial»* y la mediación, desde luego, no lo es; pero ni siquiera existe responsabilidad disciplinaria, toda vez que el párrafo 2º del art. 302 LECrim circunscribe su ámbito de aplicación a la conducta del *«abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario»* y difícilmente el procedimiento de la mediación puede conceptuarse como una actuación sumarial. De aquí la conveniencia de una nueva regulación que contemple la vulneración de la obligación de secreto también en la mediación penal.

4. Oficialidad

«Le corresponde al órgano jurisdiccional previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal, de otra Acusación o del abogado defensor, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal», de Justicia o el MF, quienes debieran efectuar dicha derivación.

5. Flexibilidad

El proceso de mediación debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos. Las pautas a seguir se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración. No es adecuado fijar una duración igual para todas las mediaciones, aunque en las derivadas desde el Tribunal es conveniente desarrollarlas aprovechando los «tiempos muertos» del proceso, es decir, entre un acto o trámite y el siguiente señalado, de tal forma que, de no lograrse un acuerdo, tampoco haya supuesto una dilación para la decisión de la controversia.

6. Bilateralidad

En correlato lógico de la filosofía subyacente en la mediación, ambas partes tienen oportunidades para expresar sus pretensiones, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones. En todo caso, deberán expresar sus posiciones y voluntad de reparación y de aceptación de las mismas ante el juez en el acto del juicio oral, o en cualquier otro momento procesal que ponga fin al procedimiento pena/.

VI. EL PROCEDIMIENTO

La mediación procesal penal puede suceder en cualquier estadio del procedimiento, esto es, dentro de la **fase instructora**, de la **intermedia**, del **juicio oral** e incluso en el **proceso de ejecución**.

Pero, si se pretende cumplir con una de las finalidades esenciales de la mediación, cual es la de obtener la rápida solución de los conflictos, social e intersubjetivo, que originan y subyacen al proceso penal, la mediación debiera transcurrir, siempre que sea posible, al inicio de la fase instructora.

Dentro de la fase instructora hemos de diferenciar las actuaciones mediadoras en las diligencias policiales de prevención y en la instrucción judicial.

LAS DILIGENCIAS POLICIALES DE PREVENCIÓN

Aunque no estén legalmente autorizados los funcionarios de la policía judicial a dictar una resolución de derivación del objeto procesal a la mediación, pues su misión se reconduce, una vez investigada la «*notitia criminis*», a remitir el atestado a la autoridad judicial o al MF (arts. 284,295,496.11, 773.2 LECrim), **sí deben comprobar**, tras prestar declaración al detenido y a la víctima, **la concurrencia o no de los presupuestos de la mediación**, cuales son, de un lado y fundamentalmente, el reconocimiento por el investigado de su participación en el hecho punible y su voluntad reparadora, así como, de otro, la posibilidad de obtener el perdón o la voluntad autocompositiva de la víctima, de

cuyos extremos habrán de dejar constancia en las diligencias policiales de prevención.

En tal supuesto de posibilidad de éxito de la mediación, no debiera el atestado ser remitido a la autoridad judicial, sino, con base en lo dispuesto en el art. 773.2 LECrim, tendría que ser **enviado a la Fiscalía a fin de que**, tras la realización de una investigación preliminar, **fuera el MF** y no el Juez de instrucción **quien dictara el Decreto de derivación a la mediación** en el que, en un plazo de 3 meses² y nunca superior al de los 6 de conclusión de dichas Diligencias Informativas (art. 5.V EOMF³), habrá de concluirse el proceso de mediación.

La razón de que sea el Fiscal y no el Juez quien dicte esta resolución, se nos manifiesta bastante clara y con independencia de los prejuicios que el Juez de instrucción pueda adoptar sobre la culpabilidad del investigado confeso, que le inhabilitarían para conocer ulteriormente de un juicio por delitos leves, la derivación a la mediación constituye siempre una manifestación del principio de **oportunidad** y, en cuanto tal, más propia del MF, que de la autoridad judicial, siempre sometida exclusivamente al principio de legalidad.

En efecto, es el MF y no necesariamente el Juez quien ha de velar por la defensa *«de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley»* (art. 124. I.CE)⁴, mandato constitucional que, en la esfera del proceso penal, se traduce en la protección del derecho a la tutela de la víctima y del interés en la reinserción del investigado y no sólo en la economía procesal, criterio que, en la actualidad, es el que está presente en nuestros Juzgados de Instrucción que mayoritariamente derivan delitos leves, siendo muy escasos los supuestos de derivación de delitos graves.

Naturalmente de esta regla general de entrega del atestado al MF hay que excluir los procesos en los que el MF haya de instar la aplicación de una medida de limitación de algún derecho fundamental, como lo sería la petición de conversión de la detención en prisión provisional, la de un auto de entrada y registro o de intervención de las comunicaciones.

En todos estos casos, a los que cabría añadir la previsión de una investigación compleja que exija una multiplicidad de actos instructorios y, por supuesto, cuando no sea factible la práctica de mediación alguna (así, por ej., en los delitos de violencia de género), la policía judicial habrá de remitir el atestado al Juez de instrucción competente.

FASE INSTRUCTORA

Cumplidos los presupuestos de la mediación y, una vez manifestada ante el Juez de instrucción, en unas Diligencias Previas, o ante el MF, en sus Diligencias Informativas, la voluntad de la víctima y de su victimario de someterse al procedimiento de mediación, comienza la primera fase de derivación a dicho procedimiento mediante la emisión de una resolución motivada.

1. Sujetos

Los sujetos de la resolución de derivación han de ser, bien el **Letrado de la Administración de Justicia**, si se adoptara en el seno de una instrucción judicial, bien el **MF** en el de sus Diligencias Informativas. Pero recordemos que

según lo dispuesto en el <<Protocolo de derivación a mediación>> del CGPJ, «la selección de los casos que se van a derivar a Mediación la realizará el **órgano judicial**»

2. Contenido

En dicho **Decreto**, que ha de ser minuciosamente motivado, se explicitará las Diligencias que lo motivan y la voluntad de las partes del sometimiento a la mediación, se determinará su objeto en el que ha de consistir la mediación y sí resulta procedente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 LEC, decretar o no la suspensión del procedimiento penal, así como el plazo para la realización de la mediación que no debiera ser superior a los 3 meses.

Según el Protocolo de la Mediación Penal del CGPJ *«el plazo para la realización de la mediación será el que el/la Juez establezca sin perjuicio de que, si la fase procesal es de enjuiciamiento, se fije fecha para el juicio oral atendiendo a las necesidades temporales del proceso de mediación. No obstante, el/la Juez puede ampliar el plazo, a petición del Equipo de mediación, cuando existan serias posibilidades de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad), previo informe al respecto presentado por los mediadores».*

3. Notificación al Servicio de mediación

El Decreto de derivación a la mediación ha de ser notificado al **órgano encargado de la gestión de los mediadores**. Ante la inexistencia de una Ley de mediación penal, el Protocolo del CGPJ propone la instauración de *«una unidad judicial gestionada desde los servicios comunes de los Tribunales, o bien desde el Decanato o Presidencia del Tribunal, al frente de la cual estuviera un Letrado de la Administración de Justicia o Gestor, con formación específica de mediación»* y *«de no existir servicio ni unidad en el ámbito común de un tribunal y en tanto no se desarrollen, será en la Secretaria del Decanato o la Secretaria de la Presidencia del Tribunal provincia? o autonómico donde se contará con un listado o **panel de mediadores**, que deberán cumplir los requisitos de formación y experiencia que en cada caso se determinen y se distribuirán entre ellos las mediaciones que se deriven desde los Juzgados y Salas, debiendo comunicarse por el Decanato o Secretaria de Presidencia el mediador asignado en cada caso al Juzgado solicitante».*

4. Información al Servicio de mediación y nombramiento del mediador

El Juzgado ha de poner a disposición del Servicio de mediación toda la información, tanto de la fundamentación de la pretensión civil de resarcimiento, como de la penal, que sea relevante para obtener el éxito de esta solución autocompositiva.

En particular, y según el citado protocolo del CGPJ «*Tras la notificación de la derivación, el/la Letrado de la Administración de Justicia pone en conocimiento del Servicio de Mediación el inicio del proceso de mediación, remitiendo al servicio la ficha de derivación y la documentación en su caso que se considere conveniente. Entre ella cabe mencionar a modo de ejemplo:*

- ❖ *Copia de las declaraciones.*
- ❖ *Copia de informes periciales que contengan algún dato de relevancia: patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de la reparación, etc.*
- ❖ *Datos para localizar a las partes, teléfonos y domicilios fundamentalmente.*
- ❖ *Datos de los abogados personados en la causa».*

Debido a la circunstancia de que al menos en la mediación de la pieza de responsabilidad civil rige el principio dispositivo, las partes son dueñas de nombrar de común acuerdo al mediador (art. 16.1.a Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), bien se encuentre éste relacionado en la lista de mediadores del servicio de mediación anteriormente mencionado, bien sea externo, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en la Ley 5/2012, desarrollada por el RD 980/2013, de 13 de diciembre.

Si las partes no hicieran uso de su derecho de designación de mutuo acuerdo, el mediador será nombrado por el servicio de gestión de la mediación de entre los relacionados en el panel de mediadores.

5. Notificación a las partes

El Decreto de derivación a la mediación y la designación del mediador ha de ser también notificado a las partes (quienes podrían recusar al mediador) y, de modo especial, a la víctima, ya que le asiste el derecho a la información de los actos de la justicia restaurativa (arts. 19.19 y 27.k del RD 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito).

Dicha notificación debiera efectuarse mediante «. *una carta que les explique de forma sencilla, en un lenguaje asequible, alejado de formalismos jurídicos, por qué su asunto se considera adecuado para ser tratado en mediación, en qué consiste ésta, y sus principales ventajas, acompañando los trípticos informativos del CGPJ y cualquier otra documentación que les permita ir familiarizándose con la mediación».* En dicho Decreto, se les informará a las partes de su **derecho a comparecer mediante Abogado**, debiéndose distinguir: a) en el caso del investigado, su derecho a nombrar Abogado de su confianza, advirtiéndole de que, si no lo efectuara en el plazo que se le designe, se le nombrará **de oficio** (art. 767 LECrim) siempre con anterioridad a la primera sesión o «fase de aproximación» (infra. III.2. A), y b) si se tratara de la víctima, hay que ilustrarle

de la conveniencia de nombrar **Abogado de su elección** o de reclamar la intervención de uno de oficio, si concurrieran los presupuestos de la justicia gratuita (arts. 5 .1.c Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima y 19.3, 21.4, 27.b del RD 1109/2015).

VII. LA FINALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN

1. LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

El proceso penal no desemboca en un conflicto, sino en dos: el **conflicto social** existente entre el delincuente y el Estado y el **conflicto intersubjetivo o litigio** entre el agresor y su víctima, los cuales originan el nacimiento, tanto de la acción penal, como la de la civil «*ex delicto*» (art. 100 LECrim) y a las que hay que dar satisfacción en el proceso con la solución de ambos conflictos mediante la aplicación del Derecho Penal y el Civil de daños.

Pero, en el procedimiento de la mediación, se invierten los términos de esta composición. Así, **en primer lugar, hay que solucionar el conflicto civil, para poder con posterioridad proponer la solución del conflicto penal** La razón de esta inversión es clara: si el victimario no está dispuesto a reparar puntualmente los daños que ha ocasionado con la comisión de su delito, la víctima no suscribirá negocio procesal de conformidad alguno; antes al contrario, muy posiblemente decida convertirse en parte acusadora, frustrándose de esta manera cualquier posibilidad de solución auto o heterocompositiva.

Por ello, lo primero que ha de hacer el mediador es convencer al imputado de que, si desea la mediación de su asunto, antes que nada, ha de otorgar satisfacción a la **tutela judicial del derecho subjetivo de la víctima** a obtener una pronta y total reparación económica de sus daños sufridos y por él ocasionados

2. LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA

I. Elementos subjetivos: la víctima

Hay que determinar, en primer lugar, quién sea el titular de este derecho de crédito, el cual no puede ser otro sino la víctima, que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.1.a de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Como podrá observar el lector, este concepto de **víctima** de la referida Ley 4/2015, proveniente de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (art. 2.1), en nada difiere del nuestro de **perjudicado**, es decir, quien ha sufrido en su esfera patrimonial o moral los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien (supuesto más normal) nacido a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad civil objetiva que

podría surgir con ocasión de la comisión del delito (STS 797/2015, de 24 de noviembre).

El perjudicado ha de cumplir con los presupuestos procesales civiles de la capacidad para ser parte, de actuación procesal y de legitimación activa, los cuales se rigen por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹.

II. Elementos objetivos

La víctima, en segundo lugar, tiene derecho, en la justicia restaurativa (art. 5 .1. j Ley 4/2015), a plantear una pretensión de resarcimiento, la cual es una pretensión civil de condena a la «*la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios*» (arts. 100 y 108 LECrim y 11 O CP), por lo que hay que distinguir:

A) LA RESTITUCIÓN

“*Restituir*” es reponer el estado de cosas que existía en el momento de la comisión del delito o devolver la cosa a su legítimo propietario, de lo que se infiere que la restitución íntegra es la pretensión civil propia de procesos incoados por la comisión de delitos contra la propiedad privada tales como el hurto, robo, estafa, alzamiento o apropiación indebida.

Mas si la cosa sustraída se encontrara en poder de un tercero, la víctima, debido a este cambio de titularidad, podría optar, bien por exigir a su victimario una novación de esta prestación imposible por otra de indemnización de daños y perjuicios, bien reservar el ejercicio de su acción civil contra el tercero en el correspondiente proceso civil declarativo, bien oponerse a la mediación para que, en el proceso penal, sea emplazado y condenado el tercero a su devolución, siempre y cuando no lo sea de buena fe.

Esta última solución, la de la frustración de la mediación y reanudación del proceso penal, sucederá también cuando la restitución exija la declaración de nulidad de un negocio jurídico determinado que se convierta en el objeto material a través del cual se haya consumado la acción delictuosa. Así, la declaración de falsedad de un documento que ha servido para la consumación de una estafa o la de los negocios simulados y traslativos de dominio (STS 4 de abril de 1992), en los que se ha perfeccionado un alzamiento de bienes, integran expresivos ejemplos, con respecto a los cuales la jurisprudencia permite que la restitución faculte al Tribunal a su declaración (con efectos *ex tunc* y no, por tanto, con carácter constitutivo) de nulidad.

B) LA REPARACIÓN

“*Reparar*” el daño consiste en efectuar una prestación personal tendente a paliar o remediar los menoscabos sufridos en una cosa. Así lo declara el art. 112 CP al establecer que «*la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer*».

En los delitos de incendios, la reparación del daño ocasionado posibilitará la rebaja de la pena en uno o dos grados (arts. 3514 y 358 bis5 CP) y, en los delitos contra la ordenación del territorio, urbanismo, protección del patrimonio histórico y medio ambiente, dicha reparación autorizará la rebaja en un grado de la pena (art. 3406 CP) etc.

Asimismo, y con independencia de los anteriores supuestos, la **reparación del daño** puede convertirse simultáneamente en la **ejecución de la pena**, tal y como prevé el art. 84.1. 3ª CP.

El cumplimiento de todas estas prestaciones de dar, de hacer o no hacer ha de reflejarse en el **acuerdo transaccional**, en cuyo caso su observancia provocaría la suspensión de la pena (art. 84.1 .1.ª CP), de tal suerte que la sentencia de conformidad lo sería bajo la **condición suspensiva** de su efectivo cumplimiento.

Si el imputado inejecutara dicho acuerdo, podrá el MF solicitar la apertura del juicio oral y formular escrito de acusación.

Así, pues, y debido a los efectos de cosa juzgada de la transacción civil homologada judicialmente (art. 415.2 LEC) en la que culmina la mediación penal, las condenas de hacer personal y personalísimo se rigen supletoriamente por lo dispuesto en el art. 706.1 LEC: si la prestación fuere personal, cabrá ejecución subsidiaria, y tan solo cuando fueren personalísimas, entrará en juego lo dispuesto en el art. 112 del CP, que faculta al Juez a ordenar que sean cumplidas por el condenado, siendo de aplicación supletoria lo dispuesto en el art. 709 LEC que permite al Juez el establecimiento de multas coercitivas, a salvo que el ejecutante opte por la novación de la prestación en otra de indemnización de daños y perjuicios.

C) LA INDEMNIZACIÓN

“*indemnizar*” significa condenar al pago de una cantidad dineraria suficiente para cubrir todos los daños producidos por el delito. La indemnización surge cuando no es posible la restitución (p. ej., porque la cosa se ha convertido en irrevindicable: STS 19 de diciembre de 1995) y siempre que el delito produzca un perjuicio patrimonial. La indemnización comprende, pues, tanto los daños materiales, como los morales 7 del perjudicado, su familia⁸ e incluso de terceros.

La evaluación de los daños y perjuicios debiera cuantificarse expresamente en la mediación, pues, al igual que en el proceso civil, tampoco en la mediación penal debieran admitirse las condenas «a reserva de liquidación» (*cfr.*: arts. 209.4ª «*in. fine*» y 219 LEC). La ausencia, sin embargo, de prohibición expresa de dichas condenas en todo lo referente a la mediación origina su licitud siempre y cuando se refleje en el acta de transacción civil las bases para su cuantificación.

Debido a la circunstancia de que la justicia restaurativa comprende, no sólo el daño evaluable económicamente, sino también el moral, **debiera el imputado solicitar siempre de la víctima su perdón** por los daños que le ha ocasionado, lo que desgraciadamente habrá de acontecer con exclusividad cuando sea imposible la reparación por ser insolvente su autor.

Tipos y grados de prácticas de justicia restaurativa



VIII. BIBLIOGRAFIA

<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/mediacion-penal-otra-via-posible-2015-05-12/>

<https://www.mediacioninstitucioncolegiopsicologosmadrid.org/mediacion-penal.php>

<https://www.elmediador.org/mediacion-penal/>

<https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/mediacion-penal-el-poder-restaurador-del-dialogo/>

<https://www.amediar.info/criminologia-y-mediacion-penal/>

<https://comunicacion.intecca.uned.es/?p=20457>