

## VÍCTIMA Y MEDIACIÓN PENAL<sup>1</sup>

GEMMA GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN  
*Profesora Titular de Derecho Procesal*  
Universidad de Murcia  
calvin@um.es

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Es imperativo que el Estado español adopte medidas legales, reglamentarias o administrativas para dar cumplimiento a lo estipulado en el art. 10 de la DM?. III. ¿Conviene a nuestro sistema de justicia penal la mediación o ciertas dosis de justicia restaurativa?. IV. ¿Cómo se ha de insertar el instituto de la mediación en la estructura del proceso penal?

RESUMEN: Se analiza el art. 10 de la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

PALABRAS CLAVE: Víctima, proceso penal, mediación, justicia restaurativa.

ABSTRACT: This paper analyzer art. 10 of the Council Framework Decision of 15 march 2001 on the standing of victims in criminal proceedings.

KEYWORDS: Victm, criminal proceedings, mediation, restorative justice.

### I. INTRODUCCIÓN

La Decisión Marco 220/2001, de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (en adelante DM), cuya entrada en vigor se produjo el día de su publicación, es decir, el 22 de marzo de ese mismo año, establece en su art. 17 tres términos de implantación de las disposiciones en ella contenidas. Los tres han

---

1 El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Medidas de Agilización de la Justicia y Alternativas a la Jurisdicción» (REF. SEJ 2004-04146), del que es investigadora responsable Dña. Carmen SENÉS MOTILLA, Catedrática de Derecho Procesal. Constituye la versión escrita de mi intervención en el Seminario Internacional «El Proceso Penal entre Europa y América: Especial Consideración a las Víctimas Menores de Edad», celebrado en la Universidad de Gerona y coordinado por Dña. Teresa ARMENTA DEU, Catedrática de Derecho Procesal.

fenecido ya, pues el último de ellos es el 22 de marzo de 2006. El primero, el más próximo a la entrada en vigor de la DM, ubicado en el 22 de marzo de 2002, era el momento límite para la incorporación a los ordenamientos nacionales, por la vía que cada estado reputase oportuna, de la generalidad de las disposiciones de la DM. El segundo, situado en el 22 de marzo de 2004, marcaba el fin del plazo para la incorporación de las disposiciones contenidas en los arts. 5 y 6 de la DM, relativos, respectivamente, a la eliminación de obstáculos en la comunicación que afecten a la comprensión y participación de las víctimas en el proceso penal y a la asistencia específica, jurídica y/o de otra índole, a la víctima. El tercero, el 22 de marzo de 2006, según adelantábamos, era el *dies ad quem* para adoptar las medidas legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en el art. 10 de la DM, precepto referido al impulso de la mediación penal en el marco del proceso penal, y, por conexión, al apartado e) del art. 1, que contiene la definición de «mediación en causas penales». Mi intervención, como ha anticipado la presentadora, va a girar en torno a la incorporación a nuestro ordenamiento de la mediación penal en los términos en que se configura en la DM.

Desde el 22 de marzo de 2001 y hasta la fecha, España no ha adoptado medida legislativa alguna que implique dar cumplimiento a lo estipulado en la DM en lo que se refiere a su art. 10<sup>2</sup>. Más bien al contrario, ha aprobado leyes que, aunque no contravienen el mencionado precepto, sí cercenan el ámbito de aplicación del mismo. Concretamente la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a través de cuyo art. 44, que incorpora el art. 87 ter en la LOPJ, se excluye expresamente la mediación, sin el calificativo de civil o penal, en los procesos derivados de actos de violencia de esa clase<sup>3</sup>.

No obstante, existen normas nacionales de rango legal anteriores a la DM en las que de forma explícita pero parcial se da cabida a la mediación penal. Concretamente, en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores, el art. 19 de su

---

2 Aunque a primera vista la LO 24/2007 de reforma el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, al modificar el apartado 10 del art. 3 del citado Estatuto, pudiera dar la impresión de incorporar alguna modificación en lo relativo a la protección de las víctimas por parte del Ministerio Fiscal, no es así. La reforma es exclusivamente en el sentido de extender la protección que hasta el momento se confería a las víctimas a peritos y testigos en general.

3 A nuestro modo de ver, es improcedente la interpretación sugerida por el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, recogida en el Informe sobre los Servicios de Mediación Penal (junio 2007-marzo 2008), conforme a la cual lo establecido en el art. 87.ter apdo. 5 de la LOPJ se circunscribe al ámbito de la mediación familiar. No obstante, como el propio órgano reconoce lo discutible de su interpretación, a continuación propone que, en caso de seguirse otra que vedase tanto la mediación familiar como la penal, la prohibición de esta última se limitase a las actuaciones en las que intervienen los juzgados de violencia contra la mujer (lo que llevaría consigo la exclusión de la mediación en faltas y no en cambio en procesos por delitos –en los que el juicio oral no es competencia de los juzgados antes mencionados–, situación a todas luces paradójica).

ley reguladora, haciéndose eco de otros textos internacionales en la materia, que al igual que la DM propugnan soluciones pactadas entre la víctima y el delincuente en el campo de la delincuencia juvenil.

Ha de repararse igualmente en las normas de la LECr que prescriben el previo intento de conciliación –lo cual presupone un procedimiento de resolución de controversia distinto del juicio jurisdiccional y de naturaleza muy similar a la mediación– para la viabilidad del proceso penal especial por delitos de injuria y calumnia contra particulares.

Merecen también ser mencionadas en este punto las normas, predominantemente penales, que disponen ciertos beneficios como consecuencia de acciones o manifestaciones del acusado o condenado tendentes a la reparación a la víctima, pues tales acciones o manifestaciones pueden surgir espontáneamente en el infractor o ser fruto de acuerdos de mediación logrados al margen del proceso penal. Puede decirse, en consecuencia, que tales normas también dan cierta cobertura legal, aunque de forma más implícita que las anteriormente citadas de la LORPM y de la LECr, al instituto de la mediación en el ámbito de la justicia penal. Se trata en concreto del nº 5º del art. 21 del CP, sobre circunstancias atenuantes de la responsabilidad, de la condición 3ª del art. 81, también del CP, en relación con la suspensión de penas privativas de libertad no superiores a dos años, del art. 83, sobre los deberes que el condenado cuya pena ha sido suspendida ha de acatar, del art. 86, sobre la audiencia para la suspensión al ofendido o sus representantes en relación con los delitos semipúblicos o privados, del art. 88, sobre sustitución de las penas de privación de libertad y algún otro.

Es cierto que los preceptos del CP no dan pie a concebir la posibilidad de una mediación que determine, en caso de concluir con acuerdo, la solución del litigio, lo que encajaría mal con la definición de mediación que proporciona el art. 1 e) de la DM, en la que se alude a una solución negociada. Pero también hay que advertir que la DM no es en este punto lo clara que sería deseable, pues en el art. 10, el de verdadero contenido normativo, se hace referencia a que los acuerdos alcanzados puedan ser tomados en consideración, en modo alguno a que éstos determinen la resolución del proceso penal.

Y por último, no se puede dejar de hacer referencia al dato de que el instituto de la conformidad, en aquellos procesos en los que la víctima esté personada como acusación particular, desemboca en un acuerdo idéntico al que derivaría de un procedimiento de mediación, si bien sin la intervención, al menos formalmente, del profesional mediador.

Pero, al margen de estos preceptos previos en el tiempo a la DM, el Estado español no ha acometido medida alguna de carácter normativo tendente a procurar la incorporación del art. 10 de la DM. Existen únicamente puntuales actuaciones de carácter piloto llevadas a cabo en singulares juzgados de algunas Comunidades

Autónomas y auspiciadas por el Servicio de Planificación del Consejo General del Poder Judicial.

Ante esta situación descrita como punto de partida, surgen diversas cuestiones sobre las que, con la brevedad y concisión que determina el tiempo que me ha sido concedido, pretendo ocuparme.

El primer interrogante al que creo que se ha de encontrar respuesta es si el Estado español ha de abordar modificaciones legislativas (y administrativas) para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 10 de la DM, teniendo en cuenta el tenor de tal precepto y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el alcance hermenéutico de las DM en general y de ésta en particular (as. *Pupino* y *Dell'Orto*).

En segundo lugar procede plantear si, aunque no exista un mandato directamente derivado de la DM, conviene al sistema de justicia penal español la mediación, y con qué extensión, o, más en general, ciertas dosis de lo que se ha dado en llamar justicia restaurativa.

De ser la respuesta afirmativa, se impone inmediatamente resolver, en tercer lugar, cómo articular dentro del vigente modelo de administración de justicia esa forma de dar respuesta al delito que pretende la pacificación de los individuos involucrados en el conflicto y de la sociedad en su conjunto. Y ello tomando como base:

- La experiencia en el ámbito de menores (art. 19 LORPM antes citado)
- Las recientes experiencias puntuales auspiciadas por el CGPJ en colaboración con diversas Comunidades Autónomas.
- No menos importante, la realidad de que los textos supranacionales, y particularmente la DM sobre el estatuto penal de la víctima, enfocan la mediación principal o exclusivamente desde la perspectiva de los beneficios que ésta reporta para la víctima; no para el ofensor (victimario) o para el más ágil funcionamiento de la jurisdicción penal.

Es evidente que en el tratamiento de alguna de estas cuestiones, singularmente en la segunda y en la tercera, se entremezclan las consideraciones procesales con las penales. El aspecto sobre el que tengo previsto incidir es lógicamente el procesal, sin perjuicio de que puntualmente sean al menos mencionadas perspectivas de Derecho sustantivo<sup>4</sup>.

---

4 Es indudable que incorporar la mediación penal en nuestro ordenamiento puede representar un giro copernicano en principios básicos y garantías elementales penales y procesales penales (titularidad estatal del ius puniendi, principio de necesidad...), como ha señalado autorizada doctrina (por todos, ARMENTA DEU, «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», *Revista Poder Judicial*, nº 41-42, 1996– I, pp. 53 y ss.). Y que una alternativa no desdeñable es la despenalización de ciertas

## II. ¿ES IMPERATIVO QUE EL ESTADO ESPAÑOL ADOPTE MEDIDAS LEGALES, REGLAMENTARIAS O ADMINISTRATIVAS PARA DAR CUMPLIMIENTO A LO ESTIPULADO EN EL ART. 10 DE LA DM?

Parece claro que es intención del Estado español acometer modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico que impliquen una transposición del art. 10 de la DM, y la razón aducida para no haberlo hecho hasta ahora, pese a haber transcurrido el plazo,<sup>5</sup> radica en el propósito de incardinar esa reforma en otra de mayor envergadura, cual es la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, objetivo, según se ha hecho público, de la presente legislatura.

Sin embargo, no faltan autorizadas voces que pongan de manifiesto que, sometida a análisis la situación normativa actual española, y puesta en relación con el art. 10 de la DM, en realidad no es preceptivo acometer reforma alguna, al menos de carácter legislativo, para dar cumplimiento al citado artículo<sup>6</sup>. Tal argumentación se basa en la indefinición de los términos de la DM. Se emplea en el art. 10 la expresión «procurarán impulsar la mediación en las causas penales...», en lugar de una forma verbal más contundente del tipo «impulsarán», «garantizarán», «velarán», «tomarán las medidas necesarias», como las que se utilizan en otros artículos de la Decisión Marco.

En relación con esta corriente doctrinal, hay que advertir que en el seno de las instituciones comunitarias no parece ser ésa la idea sobre el alcance del art. 10 de la DM. Según consta en un informe del Grupo Consultivo de alto nivel sobre el futuro de la política europea de justicia, perteneciente al entorno del Consejo de la UE, y fechado el 7 de julio de 2008, la DM obliga a los Estados miembros a impulsar la mediación. Es decir, que ese «procurarán impulsar» es un deber jurídico que ha de ir más allá de una simple predisposición favorable.

Ahora bien, aun asumiendo el parecer, bastante discutible, del Consejo de la UE, lo que sí considero incontestable es que la admonición o, según el Consejo, imposición del art. 10, se limita a aquellas «infracciones penales que a juicio de cada Estado se presten a este tipo de medida», dispone literalmente el precepto. Y bien puede considerarse que las únicas infracciones penales susceptibles de encajar en un esquema de justicia restaurativa canalizado a través de la mediación son aquellas

---

conductas –la tendencia del legislador español en los últimos tiempos no es desde luego ésa–. Las propuestas que aquí formulo procuran en todo caso ser acordes con los principios procesales penales propios de un estado de Derecho.

5 Según la respuesta parlamentaria del año 2004 dirigida a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión sobre la incorporación de la DM.

6 Así MANZANARES SAMANIEGO, «La mediación penal», Diario la Ley de 10 de marzo de 2008 o, pese a ser un firme defensor de esta institución, GORDILLO SANTANA, «Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal», Redur, 4/2006, p. 88, nota a pie 1.

menos graves cometidas por menores y los delitos privados. Al menos en tanto en cuanto la mediación se pretenda como forma efectiva de resolución de conflictos penales en sustitución del juicio jurisdiccional.

No creo que exista, en consecuencia, un deber del Estado español de modificar la situación jurídica vigente para considerar transpuesto el art. 10 de la DM. Con todo, aunque se conservara el estado actual de nuestro ordenamiento en relación con esta materia, se ha de tener presente el deber de interpretación conforme del Derecho Nacional sentado por el TJCE (as. *Pupino*)<sup>7</sup> en tanto en cuanto no suponga interpretación *contra legem* ni conculque las reglas básicas del Derecho Penal (irretroactividad, prohibición de analogía *in malam partem*, etc.). De donde cabe inferir que todos aquellos preceptos del CP a los que antes me refería que contemplan como hecho consumado manifestaciones de petición de perdón, reparaciones o compromisos de observar una determinada conducta han de ser interpretados y aplicados aceptando que el procedimiento subyacente en la consecución de dichas manifestaciones o hechos pueda ser una mediación penal<sup>8</sup>, salvo que el hecho punible sea de violencia de género.

Dentro de tal interpretación conforme conviene también tener en cuenta que la noción de víctima contemplada en la DM incluye exclusivamente a las personas físicas ofendidas o directamente perjudicadas; no a las personas jurídicas, a diferencia de la Directiva de 2004 sobre indemnizaciones a las víctimas de delitos (STJCE de 28 de junio de 2007 as *Dell'Orto*).

### III. ¿CONVIENE A NUESTRO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL LA MEDIACIÓN O CIERTAS DOSIS DE JUSTICIA RESTAURATIVA?

Independientemente de que la actual DM sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal imponga realmente a los Estados, concretamente al nuestro, modificar el ordenamiento jurídico vigente en aras a trasponer lo dispuesto en su art. 10, parece conveniente incorporar en el ámbito de la justicia penal, con limitado alcance, aunque algo mayor que el actual, cauces para que operen algunas manifestaciones de la denominada «justicia restaurativa»<sup>9</sup>, la principal de las cuales es,

---

7 Sentencia 16 de junio de 2005.

8 Habría un reconocimiento legal implícito en el CP y actuaciones administrativas puntuales.

Por lo demás, recuérdese que el reino de España ha reconocido expresamente la posibilidad de que se planteen cuestiones prejudiciales ante el TJCE con ocasión de la aplicación o interpretación de DM

9 En síntesis, se trata de una concepción de la justicia penal, principalmente asentada en el terreno de la criminología y de la psicología, aunque también con adeptos en el ámbito de la ciencia penal, que propugna mayor diálogo y participación de la víctima y el ofensor en la administración de justicia penal ante el fracaso del actual modelo retributivo ajeno a la víctima. Persigue la restauración de la paz y evitar la repetición de la victimización mediante la reconciliación, la mediación, la restitución

según se reconoce unánimemente por los precursores de esta línea de pensamiento y de actuación, la mediación.

Y ello en orden a dos bloques de consideraciones, uno sobre la ubicación de nuestro país en el contexto internacional y otro sobre los beneficios que para la víctima y la sociedad en general pueden proporcionar algunos de los objetivos de la justicia restaurativa.

Respecto de la ubicación de nuestro país en el contexto internacional, creo que es un hecho notorio que las organizaciones supranacionales entre cuyos objetivos se encuentra la protección de los derechos humanos apuestan decididamente por la mediación penal. A veces reconociendo expresamente el fracaso del modelo retributivo como instrumento para la prevención, erradicación o disminución de la delincuencia y el restablecimiento de la paz social.

Y así, en el seno de la UE parece advertirse una reactivación del tema de la protección de los derechos de las víctimas tras una situación calificable como de «stand by»<sup>10</sup> durante la vigencia del programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia (2005-2010). Baso esta afirmación en el informe que ya antes mencionaba del Grupo de Alto Nivel sobre el futuro de la política Europea de Justicia (7 de julio de 2008) que ha de ser tenido en cuenta (por el Consejo de la UE y la Comisión) para la elaboración del programa que sustituya al actual programa de La Haya para el periodo 2010-2014 en el que expresamente se reconoce:

1. Que aún queda mucho por hacer en materia de protección a las víctimas.
2. Que, a la espera todavía de un informe general sobre las medidas adoptadas por los Estados para la trasposición de la DM, cabe afirmar que la aplicación de la misma es limitada.
3. Que es planteable una revisión de la legislación comunitaria en esta materia<sup>11</sup>.
4. Que es aconsejable tener en cuenta el posible cometido de la justicia reparadora en los procedimientos penales, pese a reconocerse a continuación que la aplicación efectiva del art. 10 por los Estados miembros «parece ser discutible y estar sujeta a ulteriores mejoras».

---

ción y la compensación entre la víctima, el autor del hecho delictivo y la comunidad. Cfr., Entre otros, GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, *passim*.

10 En igual sentido SERRANO MASSIP, «La reserva de actuaciones como medida de garantía del derecho a la protección de las víctimas de la violencia de género», en *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, coord. DE HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 237. Y creo que cabe evidenciarlo en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre la ejecución del programa de La Haya en 2007 presentado en Bruselas el 2 de julio de 2008 COM (2008) 373 final.

11 Se insiste sobre ello por parte de la Presidencia del Consejo en la nota de síntesis presentada en la reunión ministerial informal celebrada en Cannes el 8 de julio de 2008 (p. 6).



Y más evidente es aún la predisposición favorable, me parece, en el seno del Consejo de Europa. La Recomendación del Comité de Ministros 8/2006 sobre asistencia a las víctimas repara en los potenciales beneficios para éstas de la mediación, y remite a la Recomendación de 1999. Y más recientemente, la Comisión, dentro del Comité de Ministros, para la eficiencia de la justicia, en su encuentro de 12 de marzo de 2008 sentó las líneas maestras para una mejor implantación de la Recomendación de 1999, y sugirió una actualización de la mencionada Recomendación desde el más amplio concepto de la justicia restaurativa.

Pese al limitado valor normativo de las recomendaciones del Consejo de Europa, es sin duda aconsejable satisfacer las expectativas que esta organización supranacional tiene sobre sus estados miembros<sup>12</sup>.

Por otra parte, considero que la asunción de algunos de los fines de la denominada justicia restaurativa, siempre dentro del ámbito del proceso penal<sup>13</sup>, contribuye a un sistema de administración de justicia más humano y, por ende, más civilizado. Entre tales fines yo destacaría:

1. Otorgar a la víctima ofendida un papel más relevante, que no determinante<sup>14</sup>, en un proceso cuya existencia deriva de la desgraciada realidad de que uno de sus bienes jurídicos más preciados ha resultado lesionado.
2. Hacer de la administración de justicia un cauce más cercano a los ciudadanos y más personalizado. Y, en semejante línea, abrir formalmente puertas que permitan eventuales manifestaciones de perdón (tanto peticiones como concesiones de éste), pues tales declaraciones dignifican a quienes las hacen –muy especialmente a la víctima– y, por ende, a la sociedad en su conjunto.

---

12 En el seno de Naciones Unidas son también destacables los intentos de promover el uso de la justicia restaurativa en el ámbito penal. Merece ser citada, entre otras, la Resolución 12/2002 del Consejo Económico y Social relativa a los principios básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en asuntos criminales.

13 Es común aludir a dos modelos de mediación: el comunitario, que es exógeno a la justicia criminal, y el de diversión, que se integra, como una derivación, en el propio desarrollo del proceso penal. Vid., entre otros, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, «Las víctimas en el proceso penal; en especial, la justicia restaurativa», en GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, ed. Consejo General del Poder Judicial, n° 121, 2007, p. 243. Creo que en nuestro país no existe discusión acerca de que el modelo de mediación a implantar habría de ser, en todo caso, el de diversión, y no el modelo comunitario.

14 En este sentido me parece muy interesante dejar constancia de que cualificados estudios empíricos sugieren que las víctimas desean tomar parte en los procesos penales y tener influencia en la toma de decisiones, pero no desean tener un control tan directo sobre la decisión como el que proporciona la mediación. Cfr., LOSADA DURÁN, HERRERO ALONSO, GARRIDO MARTÍN, «La psicología social de la justicia procedimental en la justicia restauradora: revisión y propuesta de un nuevo planteamiento de investigación», en TAMARIT SUMALLA (coord.), *Estudios de Victimología, Actas del Primer Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 255.



Dicho lo cual, se impone de inmediato matizar que una cosa es establecer vías de canalización de las manifestaciones de perdón y otra muy distinta la eficacia penal y procesal penal que interese conferir a tales declaraciones de perdón. De este modo, llegamos al tercer y último punto a tratar en mi exposición.

#### **IV. ¿CÓMO SE HA DE INSERTAR EL INSTITUTO DE LA MEDIACIÓN EN LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL?**

Pues bien, al respecto, considero imprescindible, lo apuntaba al inicio, sentar como parámetro de actuación la idea de que en la UE la mediación penal es concebida como un derecho de la víctima, es decir, que su fin es, ante todo, la mejora de su estatuto jurídico en el marco del proceso penal. A la consecución en todo caso de ese fin se han de vincular otros objetivos secundarios e, insisto, subordinados, tales como la reinserción social del delincuente, el bien común (pacificación social) o la economía procesal. Creo, sin embargo, que es discutible que las experiencias piloto desarrolladas hasta la fecha lo hayan sido tomando esa idea como rectora, a la vista de las publicaciones recientemente aparecidas<sup>15</sup>.

No obstante, tal punto de partida no ha de llevar en modo alguno a un menoscabo de los derechos fundamentales de la otra parte del conflicto. En este sentido, me parece que no ha de ser tomado como buen ejemplo el art. 19 de la LORPM –hasta ahora el único precepto regulador de la mediación con el que contamos–; precepto que, como sabemos, se aplica en relación con un proceso cuya fase de instrucción se encomienda al Ministerio Fiscal (esquema procesal que posiblemente se generalice en una futura LECr).

El art. 19 de la LORPM prevé que, una vez incoado el expediente de menores, el fiscal pueda desistir de continuarlo si, a la vista de las diligencias practicadas, advierte que el hecho imputado constituye delito menos grave o falta y, entre otros factores, constata que el imputado se ha conciliado con la víctima, ha asumido un compromiso de reparar el daño o se ha comprometido a cumplir con la actividad educativa que proponga el equipo técnico. Producida la conciliación, cumplidos los compromisos de reparación o cuando una y otros no pudieran llevarse a cabo por causas ajenas a la voluntad del menor, se solicitará del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. El apartado 3 del precepto encomienda al equipo técnico la mediación entre el menor y la víctima a efectos de alcanzar la conciliación, el

---

15 RÍOS MARTÍN y otros, *La mediación penal y penitenciaria*, 2ª ed. Colex, 2008, *passim*; PÉREZ SALAZAR RESANO, RÍOS MARTÍN (dir.), *La mediación civil y penal; un año de experiencia*, ed. Consejo General del Poder Judicial, nº 136, 2007, *passim*; SÁEZ VALVÁRCEL, ORTUÑO MUÑOZ, *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, ed. Consejo General del Poder Judicial, nº 111, 2006, *passim*.

compromiso de reparación o la realización de una tarea socioeducativa, apartado que ha sido objeto de concreción reglamentaria por el art. 5 del RD 1774/2004.

Como ya hemos tenido oportunidad de manifestar en otra sede, a nuestro juicio, el citado art. 19 vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia desde dos perspectivas.

La primera se basa en el hecho incontestable de que, alcanzado el acuerdo, el menor queda conminado a realizar una determinada actividad porque se reputa cierto que ha participado en la realización del hecho delictivo. Certeza que no se obtiene a partir de la celebración de un juicio oral, ante un órgano jurisdiccional y con todas las garantías que proporciona la contradicción, sino como derivación de un reconocimiento de los hechos por parte del menor ante el Ministerio Fiscal. El sobreseimiento al que alude el art. 19 no se corresponde en puridad con una sentencia absolutoria, sino, más bien, con una resolución de extinción de responsabilidad por cumplimiento de la condena; condena que en este caso consiste en cualquier modo de reparación, en tareas socioeducativas, etc. Esta última afirmación queda corroborada en cuanto se advierte que el sobreseimiento no se dicta nada más adoptarse el acuerdo, sino una vez comprobado el resultado de aquello a lo que el menor se haya comprometido<sup>16</sup>.

La segunda se aprecia al analizar la eficacia que se ha de conferir al reconocimiento de hechos realizado por el menor cuando no cumpla con el compromiso asumido y, consecuentemente, siga el proceso adelante, aspecto sobre el cual la LORPM guarda silencio. Parece claro que en el momento de la sentencia tal reconocimiento no ha de ser equiparado sin más a una confesión, pues la admisión de hechos –quizás sólo tácita– no fue emitida en presencia de un órgano jurisdiccional. La cuestión es si, en caso de que se aprecien contradicciones entre la declaración llevada a cabo en la fase de audiencia y el reconocimiento ante el fiscal puede resultar de aplicación el art. 714 (o su eventual equivalente en una futura LECr), el cual, según su interpretación jurisprudencial, permite valorar como una prueba más la declaración prestada por el imputado en la fase de instrucción una vez que haya sido leída en el juicio. Es indudable que la respuesta negativa sería la óptima para las garantías del justiciable, pero resulta poco realista<sup>17</sup>. El juez de menores,

---

16 Considero interesante resaltar que la Resolución 12/2002 del Consejo Económico y Social de la ONU a la que antes hice referencia, por una parte, estima que los procedimientos de justicia restaurativa sólo deben ser utilizados cuando hay prueba suficiente de cargo contra el ofensor (los términos son *sufficient evidence*, que también podrían ser traducidos como «indicios suficientes»). Y, por otra, contiene una cláusula de salvaguarda según la cual el contenido de la resolución no debe afectar a derechos del ofensor o de la víctima que hayan sido reconocidos por la ley de un Estado miembro o el Derecho Internacional aplicable.

17 Se suele apelar a la confidencialidad y al secreto profesional de los mediadores como instrumentos para garantizar que el órgano jurisdiccional no tenga acceso a los pormenores del procedimiento de mediación. El problema es que no son las declaraciones que el victimario realice en el transcurso

que tiene a su disposición la integridad del expediente, inevitablemente valorará el reconocimiento de hechos en su día realizado por el menor. Es verdad que la defensa siempre puede esgrimir el argumento de que el imputado no emitió libremente su declaración de voluntad, sino que accedió precipitadamente a reconocer los hechos ante la posibilidad de una salida rápida del conflicto. Pero adviértase que en tal caso se produciría una suerte de inversión de la carga de la prueba que, de nuevo, choca con la presunción de inocencia.

Estimo, en definitiva, en la línea de autorizada doctrina, que la inserción de la mediación en la fase de instrucción del proceso penal resulta cuando menos peligrosa desde el punto de vista de la presunción de inocencia, especialmente, si se decide finalmente atribuir la dirección de ésta al Ministerio Fiscal.

Desde otra perspectiva, convendría que la mediación no fuera un factor de enlentecimiento de la justicia penal. Lo cual plantea el dilema de si incorporar ésta a las causas que pueden ser sustanciadas mediante juicio rápido. Repárese que muchas de las conductas delictivas que se incluyen dentro del ámbito de aplicación de este tipo de proceso son sin embargo de las más idóneas para una solución mediada entre la víctima y el ofensor –salvando las de violencia de género por prescripción legal expresa–. Si no se quiere incurrir en el reduccionismo de asimilar la mediación con la conformidad<sup>18</sup>, el lapso de tiempo que un buen procedimiento de mediación requiere es, según los expertos, aproximadamente dos meses, lo cual, por ser incompatible con un juicio rápido, llevaría consigo la conversión de éste en un abreviado (art. 798.2.2º de la vigente LECr o precepto equivalente)<sup>19</sup>.

A la vista de lo expuesto, especialmente de las dificultades de conciliar la mediación en la fase de instrucción con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, bien podría deducirse que mi posición inicialmente favorable ante la mediación no pasa de ser pura pose o formalismo. No es así. Defiendo que cualquier solución de mediación, tenga o no efectos extintivos o modificativos de la responsabilidad penal –eso es algo que a los penalistas corresponde abordar–, ha de ir precedida de un juicio con todas las garantías en el que quede demostrada la responsabilidad penal del acusado. Las actuaciones mediadoras han de quedar reservadas, por tanto, para el proceso penal de ejecución.

---

de la mediación las únicas que obstaculizan la presunción de inocencia. El hecho en sí de aceptar el procedimiento de mediación implica un reconocimiento, tácito, pero indubitado de la participación en los actos punibles.

18 Por lo general, los defensores de la mediación rechazan las soluciones alcanzadas a través de la conformidad, fundamentalmente por situar a la víctima que no ejercita la acusación particular en una situación de abandono. Así, RÍOS MARTÍN, *Mediación penal...* cit., p.

19 Y algo similar cabe afirmar respecto de la posibilidad de prever la mediación en el seno del juicio oral. La unidad de acto y la concentración propias de esta fase del proceso desaconsejan la inserción de cualquier elemento que conduzca a la suspensión de las actuaciones.

Resta tan solo, para concluir, un último apunte referido a la cualificación y el régimen jurídico del mediador. Aunque la DM guarda silencio en este punto (a diferencia de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles), desde el Consejo de Europa es constante la insistencia en la necesidad de adoptar medidas que garanticen la calidad del mediador, su independencia y su confidencialidad (formación, expedición de certificados de formación, códigos de conducta...). Se estima que ése es el único modo de procurar que la mediación se desarrolle en un marco en el que sean tomados en consideración no sólo los potenciales beneficios para la víctima, sino también los potenciales riesgos para ella<sup>20</sup>. Estimo que corresponde al Estado Español, si se decanta finalmente por incorporar la mediación penal, fijar legalmente al menos, al amparo del art. 149.1.5º y 6º de la CE, la constitución y el estatuto jurídico básico del mediador, sin perjuicio de ulteriores desarrollos autonómicos en aquellas Comunidades que tengan asumidas competencias.

---

20 Vid. Recomendación 8-2006 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y las guías para una mejor implantación de la Recomendación 19 de 1999 relativa a la mediación en asuntos penales de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia.