

31

DEUS PROVIDE ET PRO

Revista

Enero 2013

Revista Penal

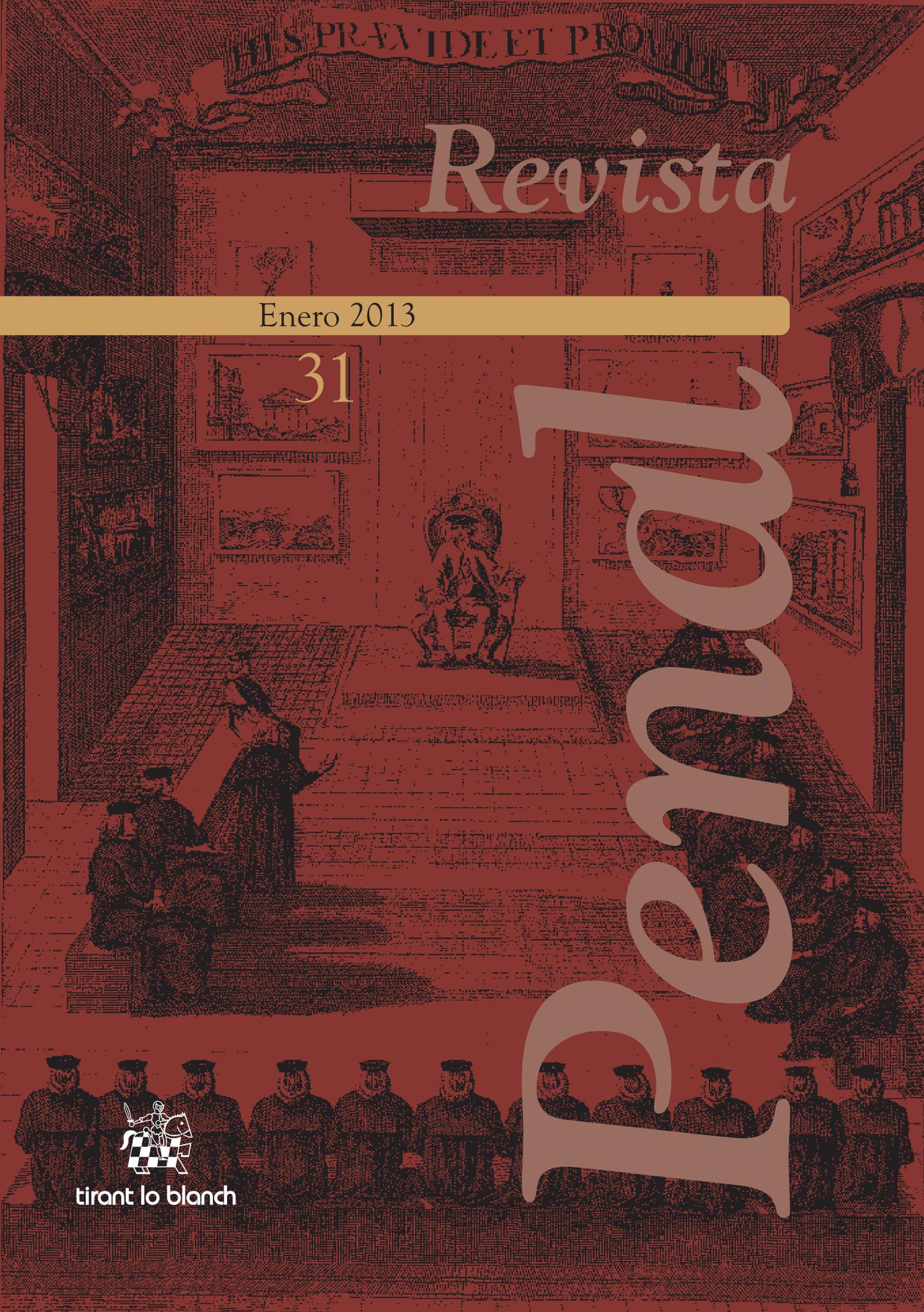
31

Penal

Enero 2013



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 31

Sumario

Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por <i>Vicenta Cervelló Donderis</i>	22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por <i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Manuel Gallego Díaz</i>	85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por <i>María Soledad Gil Nobajas</i>	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M^o del Carmen Gómez Rivero</i>	113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por <i>Leticia Jericó Ojer</i>	140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por <i>Covadonga Mallada Fernández</i>	161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por <i>Inés Olaizola Nogales</i>	190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	221
– El futuro del Derecho penal internacional, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	247
Sistemas penales comparados: Detenciones ilegales (Illegal detention)	262
Bibliografía: Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i>	326



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Zunyou Zhou (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico

Vicenta Cervelló Donderis

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

Ficha técnica

Autora: Vicenta Cervelló Donderis

Adscripción institucional: Universitat de València

Sumario: 1. Justicia Restaurativa y Derecho Penal. 2. Compatibilidad de la mediación penal con los principios y garantías penales. 3. Los tipos penales mediables. 3.1. Modelos de selección. 3.2. Propuesta delimitadora. 4. La mediación en la determinación e imposición de la pena. 4.1. Atenuantes específicas. 4.2. Atenuante de reparación. 4.3. Sustitución de la pena. 4.4. Suspensión de la ejecución de la pena. 4.5. Pena de trabajos en beneficio de la comunidad. 5. La mediación durante el cumplimiento de la condena. 5.1. La intervención de la víctima en la ejecución penal. 5.2. Características específicas. 5.3. Valoración en las figuras penitenciarias. 6. Conclusiones.

Abstract: In this paper we analyze the principles that should govern criminal guarantees with the incorporation of mediation victim offender as a mitigating circumstance, rule or requirement of suspension and replacement of the penalty and prison treatment modality from a perspective that, protecting the rights of the victim, to serve especially the social reintegration of offenders through the assumption of crime and the acknowledgment of the facts. We propose a universal system where the voluntariness of the parties and the balance between their interests, can be the focus of mediation programs before or during the process and during the performance of the sentence.

Key Words: restorative justice, victim offender mediation, criminal principles, social reintegration, protection victim.

Resumen: En el presente trabajo se analizan los principios y garantías penales que deben regir en la incorporación de la mediación penal como circunstancia atenuante, regla o requisito de suspensión y sustitución de la pena y modalidad de tratamiento penitenciario desde una perspectiva que, protegiendo los derechos de la víctima, sirva especialmente a la reinserción social del delincuente a través de la asunción del delito y el reconocimiento de los hechos. Para ello se propone un sistema universal de delitos mediables en los que la voluntariedad de las partes y el equilibrio entre sus intereses, sea el eje central de los programas de mediación que se puedan llevar a cabo antes o durante el proceso y en el cumplimiento de la condena.

Palabras clave: Justicia restaurativa, mediación penal, principios penales, reinserción social, protección víctima.

Recepción del artículo: 20-06-2012.

Evaluación favorable: 30-07-2012.

1. Justicia Restaurativa y Derecho Penal

Desde ya hace más de quince años se viene reflexionando en España sobre la mediación penal, entonces eran pocos los programas implantados (el primero se desarrolló en Valencia en 1993) y escasos los autores que se planteaban el análisis de esta figura (Tamarit Sumalla 1994, Pérez Sanzberro 1996, Silva Sánchez 1997, Varona Martínez 1998...). Actualmente son ya numerosas las aportaciones doctrinales, numerosos los programas de mediación que se están aplicando y numerosos también los profesionales que se están formando en esta materia, pero sin embargo la legislación apenas ha cambiado, y sólo con una interpretación flexible de la misma podemos encontrar una base justificativa de los efectos jurídicos de los acuerdos mediados, que vayan más allá de la mera responsabilidad civil. Esto provoca que sean diversos los planteamientos que se están llevando a cabo en todos los programas implantados y muy significativas las diferencias sobre el sistema elegido: delitos mediables, consecuencias en la sentencia, figura del mediador, fase en la que se lleva a cabo...¹ lo que repercute en que pueda desarrollarse desde la protección a la víctima o por el contrario se enmarque dentro de los programas de tratamiento penitenciario. Por ello a continuación se pretende ensamblar ambos objetivos con el fin de formular, dentro del marco de las garantías penales, una propuesta de mediación penal como instrumento resocializador que contribuya a alcanzar la asunción de la responsabilidad delictiva, lo que revierte positivamente en la víctima al ver compensado el daño sufrido, con la finalidad de unificar las bases de la mediación en el sistema punitivo español a la espera de una regulación que devuelva al legislador las riendas del marco regulador de esta sugerente figura, que de manera tan desigual, ya se está aplicando por los juzgados y tribunales españoles.

La mediación, como principal herramienta de la Justicia Restaurativa², consistente en acercar las posiciones enfrentadas por un conflicto con la ayuda de un ter-

zero imparcial, va abriéndose camino poco a poco en el ámbito penal, sorteando todo tipo de críticas expuestas por quienes son más reticentes a su recepción en este espacio jurídico punitivo. Su respaldo internacional se deriva de la Recomendación R(99) 19 de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación en materia penal, de la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas relativa a los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal y, especialmente, de la Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto europeo de la víctima en el proceso penal que estableció la necesidad de impulsar la mediación en las causas penales en un plazo fijado hasta marzo de 2006, con carácter vinculante por la aplicación directa de las normas comunitarias³.

Hasta la fecha, la legislación española ha cumplido dicho compromiso en la jurisdicción de menores, ya que los arts. 19 y 51.3 LORRPM recogen los efectos de la mediación y conciliación en el enjuiciamiento y cumplimiento de las medidas impuestas, pero en la justicia de adultos todavía no se ha abordado legalmente, al faltar la reforma de la LECR que permita su incorporación en el procedimiento, y la del CP que recoja sus efectos penológicos, a pesar de ello son ya numerosos los proyectos pilotos que han implantado programas de mediación en juzgados y tribunales buscando su compatibilidad con la insuficiente legislación actual.

El nuevo modelo de Justicia Restaurativa supone una intersección entre el modelo tradicional de Justicia Retributiva⁴, basado exclusivamente en el castigo de los hechos delictivos, y el modelo de Justicia rehabilitadora, dirigido a facilitar la reinserción social del delincuente, proponiendo situar el conflicto como un lugar de encuentro entre víctima y agresor donde la pretensión no sólo es el castigo unilateral del delincuente o su readaptación social, sino también proteger el interés de la víctima a través del reconocimiento del daño causado y el restablecimiento de la paz social⁵. Tal preten-

1 GUARDIOLA GARCÍA, J./SOLDEVILLA MARTÍNEZ, I. "Un estudio comparativo en mediación penal en adultos: una comparativa de experiencias piloto" *Recri* 2011.

2 Mientras en la mediación se resuelve el conflicto entre agresor y víctima, en otros medios restaurativos hay también participación de la comunidad.

3 ROLDÁN BARBERO, H. "La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar". *Revista Pena*, nº 11, 2003 p. 118.

4 Destacan sus relaciones ZEHR, H. *Changing lenses: a new focus for crime and Justice*, Scottsdale, PA Herald Press 1990. FATTAH, E. *Mediation in penal matters. Report prepared for Correctional Services Canada*. 1999. Si bien la inicial oposición planteada por el primero entre justicia restaurativa y justicia retributiva se disipa en posteriores trabajos como *The Little book of Restorative Justice. Inter-course PA 2002*, p. 58-59.

5 RÍOS MARTÍN, J.C./PASCUAL RODRÍGUEZ, E./BIBIANO GUILLÉN, A./SEGOVIA BERNABÉ, J.L. *La mediación penal y penitenciaría* 2ª Ed. Madrid 2008, p. 31.

sión se deriva de la expansión de la Victimología, ya que tanto la Criminología como el Derecho Penal se han ocupado tardíamente de la víctima, en el primer caso por centrarse inicialmente en las causas del delito y características del delincuente, y en el segundo porque desde el siglo XIX se viene esforzando en asegurar los derechos y garantías del condenado frente al expansivo poder estatal de castigar. Con esta recuperación de la víctima se ha superado una larga etapa caracterizada por el propósito de apartarla del proceso y del Derecho Penal material, y neutralizarla para evitar sentimientos vindicativos, en aras a mantener la exclusividad del carácter público de la potestad punitiva, sin embargo, el fracaso del sistema punitivo tradicional, y en especial de la pena de prisión, que no sólo no ha conseguido sus pretensiones de reinserción social del delincuente sino que incluso ha aportado factores que aumentan las posibilidades de reincidencia a través de los efectos criminógenos de la privación de libertad, ha llevado a replantearse la viabilidad del sistema tradicional de penas y a la apuesta por nuevos modelos punitivos más humanizados y más próximos a la satisfacción de la víctima, que a la sociedad en general⁶.

De esta manera ante el fracaso del Derecho Penal tradicional para resolver los conflictos sociales, se ha desarrollado la justicia restaurativa como una vía de resolución de conflictos desde la conciliación, con la participación de agresores, víctimas y comunidad en general con la finalidad de restaurar la paz social, que en sus tesis más radicales abogan por la supresión del sistema punitivo por el etiquetamiento que produce el control social formal, mientras que, en sus posiciones mayoritarias más moderadas, sostienen que estos sistemas de reparación se han de integrar en el sistema formal y siempre bajo control judicial⁷. Entre estos modelos, en Europa domina la tendencia a incorporar la reparación/mediación en el sistema penal desde una perspectiva garantista, bajo la supervisión de los órganos jurisdiccionales y con efectos que pueden variar desde concebirla como una sanción independiente, hasta dotarla de efectos atenuatorios o valorarla en la sustitución y la suspensión de la pena, por ello los sistemas de justicia

restaurativa en el ámbito penal han desembocado en un nuevo modelo de justicia que propugna, a través de la mediación, que el acuerdo entre víctima y agresor contribuya a la pacificación social y a la prevención del delito, entendiendo el delito como un fenómeno interactivo entre delincuente y víctima, que aspira a facilitar un encuentro entre ambos del que pueda salir un acuerdo de conciliación reparadora satisfactorio para la víctima, y apto para que al delincuente pueda obtener una consecuencia de su conducta delictiva, menos restrictiva que la pena, pero más eficaz y rehabilitadora, al ir unida su voluntad de reparar el daño causado⁸.

Esta visión es novedosa para el Derecho Penal teniendo en cuenta que su misión siempre ha sido precisamente limitar la intervención penal con una férrea protección de los derechos del delincuente frente al poder punitivo estatal, en el sentido de Von Liszt del Derecho Penal como Carta Magna del delincuente, lo que le ha valido el reproche por el abandono en el que siempre ha dejado a la víctima, sin embargo, como otros muchos códigos penales, el Código Penal español ha ido incorporando paulatinamente distintos planes de atención a la víctima en su derecho a ser oída o en la valoración del esfuerzo y/o cumplimiento de la reparación/indemnización en sustitución de la pena de prisión, suspensión de la ejecución de la pena, tercer grado, libertad condicional, cancelación de antecedentes penales y circunstancia atenuante de reparación.

Todo ello son muestras de una creciente preocupación del legislador por mejorar la defensa de los derechos de la víctima, y el reconocimiento de que su mayor intervención en el proceso y en la ejecución penal no cuestiona el carácter público del castigo, sino que contribuye a un acercamiento de las posiciones enfrentadas por el delito, a lo que hay que unir el convencimiento de que las soluciones mediadas que implican un reconocimiento de los hechos por parte del culpable contribuyen en mayor medida al objetivo de reinserción social⁹, que las soluciones meramente punitivas que hasta el momento han fracasado en dicho intento. En este contexto, el reto que se presenta al Derecho Penal es el de incorporar este nuevo modelo que atiende a

6 GORDILLO SANTANA, L.F. *La Justicia restaurativa y la mediación penal* Madrid 2007, p. 173.

7 Sería un modelo complementario y no alternativo al sistema penal vigente. TAMARIT SUMALLA, J.M. *Manual de Victimología* Coord. Baca/Echeburúa/Tamarit Valencia 2006, p. 443.

8 Los postulados de la Justicia restaurativa son por tanto el daño derivado del delito, el responsable del mismo y las expectativas sobre su reparación. ZEHR, H. *The Little book of Restorative Justice. Intercourse PA* 2002, p. 18.

9 SILVA SÁNCHEZ, J. "Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación" *Poder Judicial* 1997 nº 45, p. 201, señalando las distancias entre reparación/mediación penal con indemnización civil, vincula más la reparación penal con la resocialización del delincuente y los fines de pacificación social, que con la relación con la propia víctima.

los intereses de la víctima sin perder su propia naturaleza de un Derecho Penal respetuoso con los derechos y libertades y garante de los límites punitivos, teniendo en cuenta que uno de los problemas a los que se va a enfrentar la recepción de la mediación penal es su compatibilidad con el interés público de la gran mayoría de conductas delictivas y con la esencia punitiva de la sanción penal, lo que conduce a reflexionar sobre la compatibilidad o no del uso de acuerdo pactado entre las partes en todo tipo de delitos, sobre la quiebra o no que el acuerdo puede suponer con la finalidad punitiva del *ius puniendi* y sobre la disponibilidad que estamos dispuestos a otorgarle a la víctima en la resolución de un conflicto que tiene indiscutibles intereses sociales y comunitarios, y que sólo debe plantearse desde una lectura rigurosa de los principios penales.

2. Compatibilidad de la mediación penal con los principios y garantías penales

Entre las críticas que se han vertido a la mediación penal uno de los temas fundamentales es su adecuación a los principios penales, ya que si va a actuar desde dentro del Derecho Penal debe regirse por sus principios generales, o al menos llegar a un nivel conciliable de respeto, ya que el Derecho Penal en definitiva es el que señala qué es delito, quién es el responsable del mismo, quién es la víctima afectada por la comisión del delito y cuáles son las consecuencias que deben imponerse por la comisión de dicha conducta delictiva¹⁰, siempre teniendo en cuenta que la solución pactada a la que se llegue no forma parte del Derecho Penal por ser extrajudicial, aunque vaya a ser tenida en cuenta en la decisión judicial que establezca la sanción a imponer, conforme a la previsión legal de la eficacia de los acuerdos alcanzados.

En esta aproximación de la mediación penal a los principios que rigen el poder punitivo del Estado, lo primero que hay que tener en cuenta es que el modelo de Justicia restaurativa, en cuyo seno se desarrolla la mediación penal, presenta algunas diferencias con el modelo tradicional de Justicia retributiva que han de ser tratadas con cierta cautela para no quebrar el sistema de garantías:

a) El delito ya no se trata como una infracción de la norma penal sino como un conflicto social en el que se cruzan intereses diversos dentro de un proceso dinámico dentro de un sistema global.

- b) La responsabilidad ya no es tratada como un juicio individual del comportamiento, sino como una parte de un conjunto de circunstancias del medio social en el que los roles y los niveles de intervención son esenciales.
- c) Los protagonistas ya no son el agresor y el poder punitivo estatal, sino el agresor (victimario) y la víctima.
- d) Se abandona el sistema adversarial tradicional y se opta por un sistema de diálogo conducido por un mediador que debe promover la comunicación entre las partes.
- e) El control del procedimiento no reside sólo en el poder judicial, sino también en toda la comunidad en general.
- f) La finalidad del sistema no es tanto la persecución y castigo de delitos sino la resolución de conflictos a través de la asunción de responsabilidades y la reparación del daño.

A pesar de estas notables diferencias, sin embargo también hay importantes coincidencias ya que en los procesos de mediación se parte de que el delito no sólo atañe a la víctima, sino también a la comunidad, el delito no depende de la voluntad de la víctima en su persecución, ya que mantiene su carácter público y los acuerdos no dependen sólo de la víctima, sino que exigen la presencia de un mediador que debe respetar los principios legales¹¹. Esta correlación no sólo es correcta, sino esencial en un espacio de diálogo generado para resolver un conflicto, por ello debe servir de instrumento para facilitar el mismo, pero sin quebrar los principios y garantías propios del marco del Derecho Penal en cuyo seno se ha desarrollado el conflicto, siendo necesaria la sintonía entre conflicto-delito, agresor-responsable penal, víctima-sujeto pasivo y acuerdo-consecuencia jurídica, que dirigida desde las técnicas y habilidades propias que la mediación utilice para conseguir el acercamiento de las posiciones enfrentadas, debe respetar en todo caso y moverse dentro de los principios y garantías penales por ser el pilar básico de un Estado de Derecho, lo que no debe tomarse como una limitación del uso de la mediación penal sino por el contrario, del encuentro de un espacio de compatibilidad que facilite su integración en el sistema y su utilización por los Jueces y Tribunales.

En este somero recorrido por la conciliación entre mediación penal y principios y garantías penales, el

10 GORDILLO SANTANA, L.F. *op. cit.*, p. 71 y 347.

11 LARRAURI PIJOÁN, E. "Justicia reparadora y violencia doméstica" en *Mujeres y sistema penal* Buenos Aires 2008, p. 222.

punto de partida deben ser los propios fines del Derecho Penal y de la pena que con la mediación penal siguen manteniendo su finalidad retributiva, por cuanto el acuerdo mediador puede integrarse en la consecuencia jurídica de la conducta delictiva, e incluso incrementar la punición con la obligación de reparar para el infractor, pero también se basa y orienta hacia la consideración del Derecho Penal como prevención, dado que el acuerdo que contemple el reconocimiento del daño y su reparación es a todas luces mucho más apto para la pacificación social (prevención general) y para la prevención de delitos futuros (prevención especial) que el castigo meramente punitivo, desprovisto de efectos ulteriores a la mera compensación social del daño causado. Esto conduce a optar preferentemente por la prevención especial como finalidad orientadora de la pena por cuanto el responsable del delito es el destinatario de los efectos de la pena en orden a la prevención de delitos futuros, pero también es conciliable con la prevención general integradora entendiendo como tal una sanción que cubre las expectativas sociales de protección y que implica a la comunidad sin limitarse a exigir un insaciable aumento de la penalidad ante la falacia de ser la única manera de proteger a la sociedad. Las teorías victimológicas de la pena por el contrario, suponen una lectura unilateral de los fines de la pena desde la perspectiva de la víctima¹², que encuentra en la pena la única posibilidad de sobreponerse al delito otorgando una especie de derecho vengativo que resulta incompatible con las ideas de intervención mínima y prevención, lo que debe rechazarse y sustituirse por un Derecho penal respetuoso con los derechos de víctimas y delincuentes, pero no al servicio de intereses privados.

También con carácter previo, la mediación penal sirve al principio de subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal que exige limitar la intervención penal a los casos estrictamente necesarios, y una vez en su seno, optar por vías alternativas que permitan evitar los efectos nocivos del proceso y de la sanción¹³, lo que nos puede llevar a entender que no es necesaria la respuesta penal, o al menos la respuesta penal tradicional, en aquellos casos cuya previa selección judicial ponga en manos de las partes la posibilidad de su solución acordada, o bien en aquellos casos que se dejen a la disposición de las partes bajo la consideración de que

siempre que hay voluntad negociadora y de acercamiento, el Derecho Penal estrictamente punitivo debe quedar en un segundo plano para dejar paso al Derecho Penal reparador y preventivo.

Con estas premisas de última ratio y prevención especial como fundamento de la incorporación de la mediación penal, los principios penales¹⁴ pueden servir para delimitar la configuración de todos los elementos del espacio de dialogo, de esta manera el principio de legalidad debe determinar la intervención estatal a través de la previsión legal de la mediación, el principio de ofensividad puede ser el hilo conductor de la selección de delitos mediables, el principio de culpabilidad el orientador del alcance del acuerdo en relación a la responsabilidad penal del agresor, el principio de proporcionalidad el que guíe los intereses de víctima y agresor de manera equilibrada y el principio de reinserción social el que fundamente la validez del acuerdo dentro de las consecuencias jurídicas adoptadas por la comisión de un hecho delictivo. Pero a su vez todos estos principios tienen una especial relevancia y pueden servir de pauta en la delimitación del ámbito de aplicación de la mediación penal, como se señala a continuación.

a) *Principio de legalidad*: El principio de legalidad en el ámbito penal actúa como garantía en la delimitación de las conductas delictivas y de las sanciones correspondientes al establecer que sólo la ley realiza la selección de conductas punibles y define las sanciones imponibles, lo que en ausencia del principio de oportunidad no deja muchas opciones al Ministerio Fiscal y al Juzgador en la valoración de la necesidad o no de la intervención penal, pero si permite que la ley recoja la valoración de los acuerdos entre las partes enfrentadas por un delito como criterio a tener en cuenta en la imposición de la pena y en las alternativas a la misma. Esto no debe conducir a considerar la mediación penal como un riesgo para el carácter público de la intervención penal ni de la consecuencia jurídica a aplicar, ni a permitir que suponga una privatización condicionada a la capacidad económica del agresor que pueda afrontar los costos del acuerdo reparador, ya que supone olvidar que la mediación no sólo tiene un contenido económico y que no son las partes las que deciden el castigo sino las que llegan a un acuerdo, que luego puede valorar el Juez en la sentencia, como ya ocurre en los delitos a

12 ALONSO RIMO, A. *Manual de Victimología...* cit. p. 317.

13 GORDILLO SANTANA, L.F. *op. cit.* p. 119.

14 Se omiten referencias al principio de presunción de inocencia y al principio de oportunidad por exceder a la pretensión y limitación de este trabajo.

instancia parte, la atenuante de reparación o la sustitución y suspensión de la pena, con lo cual queda garantizado su control judicial.

En relación a la mediación penal en particular, el principio de legalidad puede llevar a defender la necesidad de la previsión legal de los delitos susceptibles de mediación, sin embargo ello constreñiría en exceso las posibilidades de dialogo, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una figura con una naturaleza muy compleja que no debe confundirse con categorías estrictamente procesales como la conformidad, so pena de confundir ambas perdiendo la autonomía e idiosincrasia de la mediación. Ello sin embargo, no obsta a que sea necesaria la previsión legal de la mediación como una figura que debe encuadrarse en el proceso penal y que necesita ser regulada en el Código penal en lo relativo al contenido de las conductas y las consecuencias y efectos de los acuerdos en la pena y en sus alternativas, todo en un marco de garantías y límites respetuoso con los principios penales.

Al margen de las posibilidades legales actuales en el marco de la sustitución y suspensión de la pena de prisión, entre las propuestas concretas que se han formulado para introducirla en el sistema punitivo español destacan la de concebirla como una verdadera pena a modo de tercera vía, como sustitutivo de penas de prisión de menor gravedad, como una consecuencia más de la pena o como una atenuación específica por “haber procedido a la conciliación con la víctima través de un proceso de mediación en cualquier momento del proceso penal”¹⁵, siendo esta última una de las más factibles por su compatibilidad con los principios y garantías penales, con la ausencia del principio de oportunidad, con el carácter público del Derecho Penal y con los fines de la pena¹⁶.

En el texto del Anteproyecto de L.O. de modificación del Código Penal de 16 de julio de 2012 se recoge en el art. 84.1 como una de las medidas que pueden acompañar a la suspensión de la ejecución “el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en un proceso de

mediación” lo que si bien supone un gran avance por su carácter de reconocimiento legal expreso de la mediación penal, deja muchas dudas respecto al tipo de programas y contenido de acuerdos a los que se refiere.

b) *Principio de ofensividad*: La selección de delitos mediables y de víctimas aptas para la mediación penal, tiene un indiscutible y prioritario carácter criminológico que debe sentar las reglas de qué tipo de hechos se prestan a la posibilidad de alcanzar acuerdos satisfactorios para las dos partes, y qué tipo de víctimas son más propicias a los mismos, o por el contrario es más desaconsejable que participen en el dialogo, por no ser adecuado a su estado psicológico, su posición respecto al agresor o su vulnerabilidad. Sin embargo, desde la óptica del Derecho Penal y respetando ese previo análisis criminológico, de lo que se trata es de poner en relación el conflicto con el principio de ofensividad para comprobar si la lesión o puesta en peligro de todo bien jurídico protegido puede ser suficientemente protegida con la solución a la que se llegue en el acuerdo mediador o por el contrario, algunos delitos por su gravedad o afección a determinados bienes jurídicos merecen la máxima protección y con ello ser en todo caso protegidos con la pena, para ello hay que tener en cuenta que el principio de ofensividad sirve de garantía de intervención pero también de criterio delimitador de la gravedad de las conductas penales en función de los bienes jurídicos afectados, de su lesión o peligro, de la titularidad individual y colectiva de los mismos, de su disponibilidad o del carácter irrenunciable o no de los mismos, lo que lleva a entender que puede ser un criterio más a tener en cuenta pero no el principal, que reside fundamentalmente en la disposición de las partes a dialogar.

c) *Principio de culpabilidad*: En general y como un mecanismo de protección de la presunción de inocencia, en los procesos de mediación se suele exigir el reconocimiento de los hechos o al menos su responsabilidad respecto a los mismos¹⁷, ya que es un elemento

15 RÍOS MARTÍN, J.C./PASCUAL RODRÍGUEZ, E./BIBIANO GUILLÉN, A./SEGOVIA BERNABÉ, J.L. *op. cit.* p. 138.

16 Sirve a la resocialización del delincuente como prevención especial, a la educación de la sociedad en el dialogo como resolución de conflictos como prevención general positiva y a la retribución por la exigencia que conlleva para el delincuente. ESQUINAS VALVERDE, P. “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?” *Revista Penal* nº 18, 2006 p. 77,99.

17 Como señala VÁZQUEZ PORTOMENE, F. hay que distinguir el reconocimiento de un acto y los daños que produce con la aceptación de su significado judicial, es decir, el contenido en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal que responde a su ajuste en un tipo penal, ya que aunque se admita el primero, frente al segundo el infractor puede tener divergencias en relación a la concurrencia de atenuantes, causas de justificación o tipo de responsabilidad atribuida “Presunción de inocencia, mediación y conformidad. Algunas observaciones críticas sobre los programas españoles de mediación penal de adultos” *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Tomo II Dtores. Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer, Valencia 2009, p. 1960.

que contribuye a conseguir el equilibrio entre las partes, pero siempre garantizando que la declaración de culpabilidad obtenida en las sesiones de mediación que finalmente no consigan alcanzar el acuerdo, no puedan ser tenidas en cuenta por el Juez en el curso del proceso, y deban ser protegidas por la obligación de su carácter confidencial. Un supuesto específico se da en los delitos imprudentes donde la falta de voluntad de producir el resultado delictivo puede facilitar el acuerdo mediador por reflejar una menor culpabilidad del agresor y permitir una mayor comprensión de la víctima. Además, en los casos de inimputabilidad de una de las partes se invalida la posibilidad de participar en los acuerdos, por ser un requisito indispensable la plena capacidad de la voluntad.

d) *Principio de proporcionalidad*: En primer lugar hay que tener en cuenta en relación al principio de proporcionalidad, que en su exponente de prohibición de exceso sirve al principio de oportunidad en la medida en que los delitos mediables pueden suponer una retirada del proceso formal, no sólo en el sentido exclusivo de *diversión* sino de facilitar que las partes, cuando haya expectativas de acuerdo, puedan evitar los inconvenientes del procedimiento estrictamente punitivo que genera insatisfacción a la víctima al no encontrarse suficientemente protegida, y también al agresor que no se identifica con la pretensión punitiva.

En su vertiente de proporcionalidad estricta se garantiza que la pena sea adecuada a la gravedad del delito y a la responsabilidad del delincuente, pero a ello debe unirse la exigencia de que también sea adecuada a las expectativas de resarcimiento de las víctimas, siempre que la proporcionalidad actúe como límite máximo de intervención pero no necesariamente como límite mínimo, es decir sería válida una reparación inferior al daño producido pero en ningún caso una superior a éste¹⁸, ya que el acuerdo debe ser razonable y equilibrado objetivamente. Para que los acuerdos sean respetuosos con el principio de proporcionalidad se debe exigir que el diálogo haya alcanzado beneficios para ambas partes, para la víctima especialmente, porque tiene la posibilidad de expresar el impacto que ha producido en ella el delito, lo que facilita su solución, y con ello que el grado de satisfacción sea mayor al que hubiera alcanzado en el

proceso, pero también para el delincuente porque facilita la asunción de la responsabilidad por el hecho y las posibilidades de su reparación. En este contexto debe rechazarse la consideración de la mediación como una solución benévola para el agresor ya que contempla un compromiso y obligación de reparación que, especialmente en los casos en los que se incorpora a la suspensión de la ejecución de la pena, supone sin duda un plus a la mera excarcelación.

Para que este equilibrio entre las partes sea proporcionado en el sentido de aceptado mutuamente por las mismas como algo beneficioso y suficientemente valorado jurídicamente, es imprescindible la voluntariedad con la que lo hayan alcanzado, lo que le separa claramente de la responsabilidad civil, donde el Juez de manera unilateral, establece lo que considera que puede compensar los daños sufridos por la víctima sin necesidad de valorar el conflicto, la posición entre las partes, y la visión diferenciada del agresor y de la víctima.

La exclusión de los delitos muy graves de las posibilidades de mediación en atención al quebranto que puede producir en el principio de proporcionalidad parecen reducir su significado a la prevención general positiva y al mismo tiempo cuando son las infracciones más leves las favoritas en atención a este principio, se puede producir una expansión del control social¹⁹, por lo tanto la referencia a la proporcionalidad no debe ser utilizada para la limitación de tipos de delitos por cuanto no implica una correlación estricta entre injusto y culpabilidad.

e) *Principio de igualdad*: en relación a este principio se dan dos manifestaciones: la igualdad entre las partes y la igualdad entre los acuerdos tomados por partes diferentes. En el primer sentido el mediador debe garantizar el equilibrio entre ambas partes, lo que se debe analizar en cada delito en particular y no en grupos de delitos como ha hecho la L.O. 1/2004 con la violencia de género, que sin valorar la disposición o no de las partes al diálogo parece presumir la superioridad de una de ellas sobre la otra para negar en cualquier caso la posibilidad de acuerdos. En cuanto al segundo aspecto sin ninguna duda se darán soluciones distintas por delitos iguales o similares en

18 Salvo que se garantizara la voluntariedad basada en la igualdad y no en el abuso de las partes, GORDILLO SANTANA, L. "Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación" *Revista Derecho Universidad de La Rioja*, nº 4, 2006, p. 115.

19 En el primer sentido SILVA SÁNCHEZ, J. op. cit. p. 200 y en el segundo LARRAURI PIJOÁN, E. "Tendencias actuales de la Justicia restauradora" en *Serta in Memoriam Alexandri Baratta* (Pérez, F. ed.) Salamanca 2004 p. 452. Por todos ESQUINAS VALVERDE, P. op. cit., p. 75.

función de la disposición de las partes (víctimas reticentes, agresores insolventes²⁰...), o incluso acuerdos en delitos graves y no en delitos menos graves, pero es que, además de que dependerá de la decisión judicial su reflejo en la sanción y de los distintos protocolos existentes en los servicios de mediación, todo ello es consecuencia del protagonismo que toman las partes en el acuerdo y del reflejo de la escasa rigidez de la igualdad. Como elemento correctivo de estas posibles diferencias atribuibles al no entendimiento entre las partes, en el caso de la víctima se puede compensar con los contenidos de la responsabilidad civil, fondos de compensación o asistencia institucional a las víctimas, y en el caso del agresor se ha de valorar el esfuerzo en la reparación o incluso la reparación dirigida a la comunidad, lo que no debería impedir la aplicación de la atenuante de reparación, que si bien permite alcanzar los objetivos unilateralmente, fracasa en el más importante de la mediación que es la superación del conflicto. De esta manera la vigencia del principio de igualdad en la mediación penal debe ocuparse especialmente de que las partes tengan igualdad de derechos y obligaciones reconocidos por la ley²¹, y que las situaciones desiguales sean valoradas por los jueces en su valoración.

f) *Principio de reinserción social*: El Derecho Penal orientado a la reparación es en esencia un Derecho Penal orientado a la resocialización, porque es más eficaz para la reducción de delitos futuros, más humano, menos represor y sirve a la integración social ya que obtiene del responsable del delito un reconocimiento del daño producido por los hechos delictivos cometidos que sirve a la prevención especial en la medida, que facilita la reinserción social, pero también a la prevención general porque contribuye a la pacificación y a la reconciliación social. Ello implica que todo tipo de delito pueda a ser susceptible de mediación en atención a las mejores posibilidades de reinserción sobre la sanción meramente punitiva siempre que el sujeto se avenga a reconocer su responsabilidad sobre los hechos y a aceptar la compensación del daño a la víctima. Este principio tiene una especial relevancia en la pena de prisión y en sus alternativas, por ello para facilitar sus objetivos se deben programar actividades dirigidas

a los internos para desarrollar la asunción del delito y el reconocimiento del daño producido a la víctima.

3. Los tipos penales mediables

3.1. Modelos de selección

Es complicado y poco operativo determinar a priori qué delitos o faltas son apropiados para ser sometidos a un proceso de mediación, ya que la ausencia de estereotipos es una constante en los distintos sistemas y procedimientos, por ello hay que valorar qué criterios se pueden utilizar para seleccionar los asuntos mediables o idóneos para la mediación tanto en relación a la conducta, como al agresor o a la víctima, teniendo en cuenta que las combinaciones son muy variadas y que las distintas experiencias de mediación penal son lo suficientemente diversas para no poder realizar una selección exhaustiva.

En primer lugar y tomando como referencia el Derecho penal juvenil, en el mismo se permite la conciliación o mediación en dos momentos procesales: en el primero en fase de instrucción, art. 19, sólo se permite en *delitos menos graves o faltas, en los que no haya habido violencia o intimidación graves* en la comisión de los hechos permitiendo si se llega a alcanzar el acuerdo el sobreseimiento, y en el segundo, art. 51.3 ya en fase de ejecución, se permitirá la suspensión o sustitución de la medida impuesta, sin que en este caso se establezca límite alguno respecto a los hechos enjuiciados o a la gravedad de la medida impuesta. Para ello hay que tener en cuenta que delitos menos graves son, entre otros, los que se castigan con penas de prisión hasta cinco años, lo que puede dejar fuera lesiones o robos con violencia o intimidación, que sin embargo la experiencia demuestra que suelen conseguir acuerdos favorables de mediación.

En cuanto al Derecho comparado también son diversos los modelos ya que mientras en algunos se puede mediar ante todo tipo de delitos (Canadá, Gran Bretaña o Nueva Zelanda, Bélgica) en otros se limita por la gravedad de la pena (Alemania, Francia) y en otros se excluye algunos delitos como los cometidos con violencia o contra la libertad sexual (EEUU, Noruega)²².

20 ASÚA BATARRITA, A. "Atenuantes postdelictivas: necesidad de reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena". En GARRO CARRERA, E./ASÚA BATARRITA, A. *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria. (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo penal nº 8 Sevilla)*. Valencia 2008 p. 158.

21 GORDILLO SANTANA, L. "Los principios..." cit., p. 110.

22 AAVV. *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Dtora. S. Barona. Valencia, 2009.

En el caso de los adultos se pueden hacer las siguientes consideraciones:

a) Selección por los delitos cometidos

La mediación se puede ofrecer a todo tipo de delitos o por el contrario limitarlo a algún tipo específico, así por ejemplo en Alemania se delimitan formalmente los delitos susceptibles de mediación, mientras que en Austria no existe límite alguno.

En cuanto a la gravedad de los delitos, en general se descartan por un lado los delitos de bagatela por su poca gravedad y los delitos muy graves precisamente por lo contrario; estas limitaciones a veces son criticadas por no poder alcanzar a todo tipo de delitos, sin embargo también figuras como la sustitución o suspensión no alcanzan a todos los delitos y no se duda de la conveniencia de su existencia. Las razones para excluir a las faltas o conductas de bagatela de la mediación son varias, en primer lugar se alega que en ellos ni siquiera es necesaria la pena si la culpabilidad del sujeto es insignificante y que además no suele haber interés público en su persecución, por ello responde más bien a la posición de reclamar la desincriminación de las faltas y su consideración de ilícitos administrativos, ya que si se pide su salida del Derecho Penal, no tiene sentido provocar la intercepción penal aunque sea por vía de la mediación, sobre todo teniendo en cuenta que la mediación exige un esfuerzo por parte del agresor.

En cuanto a la exclusión de los delitos más graves, la importancia del bien jurídico suele desaconsejar los acuerdos de mediación por la necesidad de tutela penal a través de penas graves, porque en clave de prevención general se podría entender como una cierta impunidad o benevolencia de la ley precisamente en los delitos con más demanda punitiva e incluso desaconsejable en relación a otras víctimas que se podrían sentir desprotegidas. Sin embargo esta exclusión no siempre es seguida por las propias víctimas de estos delitos, ya que en ocasiones han mostrado predisposición al encuentro con sus agresores, quizá movidas por la incomprensión de la conducta delictiva, por el afán de obtener alguna explicación y para mostrar su sufrimiento a quien lo ha provocado²³. En esta línea hay que apuntar que el rechazo a la mediación en estos delitos por la desigualdad de la víctima frente al agresor, su sufrimiento o estrés

postraumático, en realidad es una objeción por el tipo de víctima, no por el tipo de delito.

Concretamente en agresiones sexuales hay autores que defienden la mediación, lo cual podría tener sentido en nuestro Ordenamiento Jurídico si se tiene en cuenta la necesidad de denuncia del agraviado o querrela del Ministerio Fiscal ponderando los intereses de la víctima lo que permite utilizar el principio de oportunidad, que muchas veces son conocidos la víctima y el agresor, lo que puede facilitar el acercamiento en los casos de perdón, y que en estos delitos en particular es muy importante que el agresor reconozca su responsabilidad y el daño producido a la víctima, de hecho uno de los objetivos más importantes de los programas de tratamiento de estos agresores es el reconocimiento de los hechos y la empatía con la víctima. Sin embargo, en la práctica llegan pocas propuestas de mediación por las especiales características de estos hechos y la alarma social que producen, lo que exige un refuerzo de garantías como limitarlo a la solicitud de la víctima o que sean conducidos por mediadores expertos²⁴. Lo que sí es diferente es el espacio y las consecuencias de la mediación en los delitos más graves, ya que es más frecuente en el ámbito penitenciario y con efectos sobre el cumplimiento de la pena y no sobre la pena misma, en este contexto se pueden enmarcar los encuentros entre víctimas de terrorismo y sus agresores que se han comenzado a realizar en algunas prisiones del País Vasco.

Por su parte los delitos menos graves en los que hay un fuerte impacto psíquico sin un nivel de violencia excesivamente alto, son los más recomendables según la doctrina para obtener buenos resultados, entre ellos destacan los delitos contra el patrimonio, porque en ellos hay un daño y un perjudicado lo que facilita mucho la concreción de los acuerdos de reparación, los daños que también se prestan bastante bien a la mediación, las lesiones o los delitos a instancia de parte, siendo en general los delitos más mediables las lesiones, injurias, amenazas, coacciones, daños, hurtos, estafas, allanamiento de morada y robos.

En violencia de género, la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004 en su art. 44.5, la excluye en todo caso, al igual que en otros países como Luxemburgo en los que se ha argumentado que la necesaria igualdad entre partes, impres-

23 Así resulta de la evaluación de satisfacción de las partes realizadas por Lawrence, W.Sherman y Hather Strang 2007 (<http://www.victimology.nl>) y Mark S.UMBREIT and Robert B. COATES "Cross-Site Analyse of Victim-Offender Mediation in Four States" *Crime & delinquency* 1993.

24 TAMARIT SUMALLA, J.M. *Manual de Victimología...* cit. p. 45.

cindible para la mediación, no existe en violencia de género donde el agresor ocupa una situación de dominio en su comportamiento y en el miedo que infiere a la víctima, sin embargo hay numerosas razones para mantener lo contrario como algunas experiencias de mediación que demuestran que da mayor protagonismo y autonomía a la mujer, que contribuye a la pacificación cuando subsiste el afecto o se desea seguir conviviendo a pesar de la agresión, que puede contribuir a restablecer la comunicación y que facilita el reconocimiento del daño por el agresor, siempre que no suponga aumentar la victimización de la mujer y las circunstancias de la víctima y de los hechos la aconsejen²⁵.

A veces también se excluye a los delitos sin daño o a los que se dirigen contra la colectividad, esto no es correcto ya que la reparación puede dirigirse a la comunidad o a representantes de intereses difusos como puedan ser asociaciones o entidades. En los delitos de riesgo, al no haber siempre una víctima persona física con la que acordar una reparación del daño, puede ser efectivo aceptar realizar trabajos en beneficio de la comunidad relacionados con el tipo de delito, si la sanción lo permite, o realizar encuentros con personas que hayan sufrido los efectos del delito para que se aplique la atenuante de reparación por la colaboración con centros de desintoxicación o de asistencia a heridos por accidentes de tráfico.

La conclusión es que la selección de casos depende más de la víctima y el agresor que del tipo de delitos, sin que exista un criterio uniforme ni entre los distintos sistemas ni dentro de uno mismo sobre los límites de gravedad que han de tener los delitos susceptibles de mediación, ya que aunque inicialmente se limitaba la mediación a las faltas e infracciones de escasa gravedad, actualmente se constata una progresiva diversificación de las tipologías delictivas que pueden ser aptas para la mediación con la posibilidad de aplicarla a todo tipo de delitos de diferente consideración.

b) Selección por tipo de agresores

Aunque en ocasiones se dice que la mediación es preferible para jóvenes, puede ser también para adultos, y no hace falta que sean primarios ya que lo contrario

podría dar lugar a que la reincidencia comprometiera futuras mediaciones sin valorar los cambios que van sufriendo las personas a lo largo de la vida y su diferente disposición al sistema punitivo, en este sentido en la primera experiencia de mediación en Justicia de adultos que se dio en Valencia por un convenio entre el Juzgado de Instrucción nº 2 y la Oficina de Atención a las Víctimas de Delitos en 1993 se exigía como requisito para optar a la mediación ser infractor primario y reconocer los hechos en presencia judicial. Otras características relativas a los agresores pueden estar vinculadas a sus condiciones rehabilitadoras como en Madrid el programa realizado por la asociación Apoyo que lo limita a infractores drogodependientes que estén en tratamiento de rehabilitación, que ya estén rehabilitados o estén dispuestos a iniciar un programa de rehabilitación ya que es una forma de orientar al infractor hacia una situación que le facilite la integración social.

En todo caso es fundamental que quienes participan en la mediación como imputados en un delito reconozcan su responsabilidad, muestren su voluntad de reparar el daño causado a la víctima y entiendan la trascendencia y alcance de la mediación como alternativa penal, lo que requiere una intensa labor de los mediadores ante el habitual recelo inicial de los agresores que desconfían de un sistema en el que han de reconocer su culpa, sin poder hacer uso de mecanismos autoexculpatorio o de justificación de la propia conducta.

Un problema particular lo pueden provocar lo coimputados si alguno de ellos se niega al acuerdo, o el conflicto con el derecho de defensa que puede traer el reconocimiento de los hechos de uno de ellos respecto a los otros²⁶ lo que se debe cohonstar con el principio de presunción de inocencia y la confidencialidad de las actas.

c) Selección por tipo de víctimas

Dado el requisito de la voluntariedad, la percepción de la víctima es fundamental porque si pese a no ser elevado el daño lo considera subjetivamente como tal lo va a rechazar, o por el contrario, puede no considerarse víctima y por lo tanto rechazar el encuentro. En general se suele exigir que sean víctimas personales e

25 LARRAURI PIJOÁN, E. "Justicia restaurativa..." cit. p. 231, 234, 241. RÍOS MARTÍN, J.C./PASCUAL RODRÍGUEZ, E./BIBIANO GUILLÉN, A./SEGOVIA BERNABÉ, J.L. *op. cit.* p. 107. TORRES FERNÁNDEZ, E. ¿Cabe la mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros? En *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*. Pág 146, Granada 2011.

26 BELLOSO MARTÍN, N. "El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia" *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* nº 20, 2010 p. 13.

individualizadas, en solitario o en grupo, pero que estén directamente afectadas o perjudicadas por el delito, esto no significa excluir a los casos en que las víctimas son personas jurídicas (una sociedad o empresa por ejemplo) aunque hay quien excluye a las grandes empresas porque en estos casos, los representantes de las mismas se mueven en un rol profesional más cercano a la negociación económica que a la percepción subjetiva de la víctima, lo que se vislumbra como incompatible con los fines de la conciliación. Esto llevaría a dejar fuera de la mediación los hurtos en grandes almacenes, lo que no es aconsejable por los buenos resultados que da especialmente en la delincuencia juvenil, por ello el dialogo se ha de plantear entre infractor y representante legal con los mismos procedimientos y efectos que cualquier otra mediación.

Las mismas reticencias hay a veces respecto a los delitos sin víctima directa, con víctimas anónimas o colectivas, como las que puedan resultar en delitos de peligro abstracto como los delitos contra el medio ambiente, tráfico de drogas, o seguridad vial, sin embargo en ellos resulta muy positivo la reparación a fondos de compensación de víctimas, el dialogo con víctimas concretas de alguno de esos delitos o la asunción de responsabilidad a través de reparaciones simbólicas del daño, ya que en ellos hay un fuerte componente de daño social en el que se debe valorar el esfuerzo reparador. En el caso concreto de los delitos contra el medio ambiente hay cierta reticencia a que los destinatarios de las indemnizaciones sean las asociaciones denunciantes para evitar que ello pueda producir una distorsión en los intereses de la denuncia, por ello es más aconsejable la reparación directa de los daños concretos causados, a través de trabajos comunitarios.

Estrictamente relacionado con la víctima está el caso de los delitos privados o semipúblicos, ya que un acuerdo mediador puede suponer la no entrada en el procedimiento penal o incluso si se obtiene durante el mismo (siempre que la figura delictiva permita la eficacia del perdón) puede suponer su no continuación. Esto afecta a faltas de amenazas, coacciones...delito de descubrimiento y revelación de secretos, delito de calumnia e injurias (en los que si cabe el perdón) y abandono de familia e impago de pensiones o delitos contra la propiedad industrial e intelectual (en los que no cabe el perdón). También a veces se recomienda excluir los casos de víctimas menores o discapacitadas, y aquellos en los que hay desigualdad social o relación de sumisión como es el prototipo de violencia de género, sin embargo con la intervención de los representantes

legales y del Ministerio Fiscal y la consideración de la edad del menor, se puede entender que a partir de los 16 años se debe respetar el criterio de los menores.

Para que la víctima sea apta para la mediación ha de ser informada correctamente, necesitando para ello capacidad suficiente e interés en resolver el conflicto por esta vía alternativa, por ello si la víctima se niega injustificadamente nada deben hacer el mediador y el Juez para intervenir en su decisión, por cuanto un principio irrenunciable es el de su voluntariedad.

d) Universalidad

En virtud de la universalidad se sostiene que la mediación/reparación ha de aplicarse a todos los delitos y todos los delincuentes, por ser de aplicación universal, este es el criterio que se siguió en el Proyecto alternativo de reforma del Código Penal alemán de 1992 que recogía la incorporación de la reparación como tercera vía junto a la pena y la medida de seguridad y el que sigue la Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001 que, como recuerda la sentencia de 21.10.2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE\2010\308), permite a los Estados la elección de las infracciones susceptibles de mediación, sin excluir a priori ninguna de ellas.

Los programas de mediación que se desarrollan en Cataluña parten de la base de que no depende tanto del tipo de delito o de su gravedad sino de las circunstancias concretas del caso y de la conflictividad personal y relacional existente entre sus protagonistas, por eso han trabajado con lesiones, maltrato, tentativas de homicidio, amenazas, coacciones, injurias leves, salud pública, allanamiento de morada, quebrantamiento de condena, así como todo tipo de delitos contra patrimonio: hurto, robo con fuerza y con violencia, estafas, robo y hurto de uso vehículos, daños, apropiación indebida, propiedad intelectual...

El panorama actual de los programas de mediación penal que se están desarrollando en España es excesivamente variado, pero en general se extiende a todo tipo de delitos, ya que a salvo de la prohibición legal expresa de la violencia de género, hay servicios que lo extienden por igual a delitos y faltas como País Vasco y Cataluña, además, en unos como Burgos y La Rioja con predominio de faltas y en otros como Zaragoza con predominio de delitos. En Navarra se excluye atentado, resistencia y delitos de funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos, y por último lo limitan a delitos Alicante, Huelva y Cádiz, si bien en estos dos últimos casos se excluyen los delitos con víctimas no indivi-

duales como seguridad del tráfico²⁷. De ello se deduce que los servicios de mediación suelen estar abiertos a todo tipo de delitos, pero a veces depende más de la visión de las partes, sus abogados o incluso los jueces, que la reservan para conflictos familiares o vecinales o faltas, por ser situaciones en las que es preferente reducir la agresividad y conflictividad con el fin de mantener las relaciones personales.

3.2. Propuesta delimitadora

Partiendo de la negativa a la necesidad de elaborar un listado de conductas delictivas susceptibles de ser mediables, se considera más adecuado admitir que cualquier tipo de delito puede ser objeto de un acuerdo mediador²⁸ siempre que se den las siguientes características:

Voluntariedad de las partes de participar en el encuentro, de aceptar el acuerdo y de cumplirlo²⁹ lo que no debe permitir en ningún caso utilizar prácticas que puedan invalidar la libertad de las partes como la presión, intimidación, persuasión o amenazas, ya que las partes han de actuar con autonomía y libertad, excluyendo a menores o incapacitados que no puedan tomar válidamente decisiones, salvo que sea con la intervención de sus representantes legales y el Ministerio Fiscal, especialmente en los menores de dieciséis años, ya que por encima de esta edad ya se puede tener en cuenta la voluntad del menor³⁰. Cuando la mediación se entiende como una mera sanción reparadora pierde su voluntariedad al ser coactiva como todas las penas, por ello al cubrir un espacio más amplio que alcanza incluso a actitudes internas como pueda ser la disculpa por parte del agresor, su voluntariedad debe tener la misma exigencia que en el seno del tratamiento penitenciario, sin que lo desvirtúen sus consecuencias sobre la atenuación o suspensión de la pena. Los delitos susceptibles de suspensión o sustitución de la pena y los castigados con multa son especialmente adecuados para poder llegar a un acuerdo por su relación con las reglas de conducta, en el primer caso, y con el carácter económico, en el segundo.

Autonomía de las partes, son las partes las que deben dirigir el curso del proceso de diálogo tomando sus propias decisiones y dejando al mediador la misión de orientar pero no de dirigir, siendo indispensable que vele por el buen desarrollo del proceso y en consecuen-

cia, si se perjudica a alguna de ellas, debe paralizarse el diálogo. Para ello deben las partes tener una información adecuada del proceso de mediación y sus fases, de las consecuencias penales de la conducta delictiva realizada y del acuerdo mediador, de la obligación de cumplirlo, así como de la repercusión en caso de no alcanzar el acuerdo.

Equilibrio de las partes, ya que de no haberlo se invalida la base del acuerdo que es la igualdad de las posiciones, por lo tanto si hubiera muestras de superioridad del agresor sobre la víctima, el mediador debe interrumpir los encuentros. Este requisito tiene una especial importancia en los delitos de maltrato familiar donde la dependencia de una parte sobre la otra dificulta el diálogo pero puede ser muy útil para recuperar la confianza y autoestima necesarias para superar la debilidad como víctima. También en otros como atentados y resistencia a la autoridad o delitos contra los trabajadores puede ser positivo el diálogo por ser precisamente uno de los objetivos del proceso mediador la superación de la distancia jerarquizada entre las partes. Las dudas sobre el equilibrio de las partes, fundadas en las mayores ventajas para el agresor, se disipan por la necesaria voluntariedad de las dos partes en la participación en el proceso de mediación.

Tutela jurídica, los dos objetivos a conseguir en la mediación son la protección de los derechos de la víctima y la reinserción del delincuente a través de la consecución del reconocimiento de los hechos y la reparación, lo que puede casar mejor con aquellos delitos que conllevan una relación más estrecha entre agresor y víctima como los personales o patrimoniales, si bien no debe excluir a otros.

Individualización y control judicial: es el Juez en última instancia el que debe valorar la importancia y trascendencia del acuerdo mediado para reflejarlo en la sentencia con la aplicación o no de la atenuante de reparación, de la sustitución o suspensión de la pena de prisión, y posteriormente ejerciendo el control judicial sobre la ejecución penal.

4. La mediación en la determinación e imposición de la pena

No se puede decir que haya un momento procesal más adecuado para iniciar la mediación, ya que éste

27 GUARDIOLA GARCÍA, J./SOLDEVILLA MARTÍNEZ, I. *op. cit.* p. 3.

28 A favor también de no descartar en principio ningún tipo de delito, ROLDÁN BARBERO, H. *op. cit.* p. 134.

29 GORDILLO SANTANA, L.F. *La Justicia restaurativa...* cit. p. 355.

30 RÍOS MARTÍN, J.C./PASCUAL RODRÍGUEZ, E./BIBIANO GUILLÉN, A./SEGOVIA BERNABÉ, J.L. *op. cit.* p. 110.

oscila desde la detención, hasta la instrucción, antes o durante el enjuiciamiento, e incluso en el transcurso de la ejecución penitenciaria ya que cualquier momento es óptimo para alcanzar un acuerdo mediador. A pesar de las limitaciones legales en el sistema jurídico español, existen algunos supuestos específicos en los que el acuerdo mediador puede tener relevancia en la cuantía de la pena del agresor a través de la aplicación de la atenuante de reparación o en la decisión judicial de sustituir o suspender la pena; además de ello en términos penitenciarios un acuerdo reparador puede permitir ventajas en la ejecución como la clasificación en tercer grado o la libertad condicional, porque en definitiva como señala la STS 11.10.2007 (6095), citando el Auto TS 6.5.2004, “la colaboración voluntaria del autor a reparar el daño ocasionado por su acción delictiva puede ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuya la necesidad de pena”.

4.1. Atenuantes específicas

En el ámbito ya punitivo, uno de los primeros momentos en los que se puede apreciar el esfuerzo reparador del culpable es el de la determinación judicial de la pena, donde el Juez, bien por las circunstancias atenuantes genéricas o bien, si el tipo penal específico lo permite, podrá reducir la pena por la conducta del culpable dirigida a disminuir los efectos del delito. Son varios en este sentido los tipos penales que recogen la reparación como atenuante específica, entre los que se pueden destacar los siguientes:

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

La reparación en estos delitos presenta una gran importancia por los daños que se pueden evitar, si bien encuentra como dificultades que a veces los daños son irreparables por su gravedad, que en ocasiones son inalcanzables para el responsable por su cuantía y que sus efectos se van a ver a muy largo plazo, por eso hay que valorar el esfuerzo del responsable en colaborar para alcanzar dicha reparación y facilitar la mediación por parte de la Administración para conseguir que se pueda llegar a un acuerdo de reparación.

– En los delitos de calumnias e injurias si el acusado reconoce ante el Juez la falsedad o falta de certeza de

las imputaciones y se retracta de ellas, se le impone la pena inferior en grado y no se impone la inhabilitación especial, art. 214 del Código Penal

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

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

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

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

4.2. Atenuante de reparación

Las circunstancias atenuantes reguladas en el art. 21 del Código Penal tienen la finalidad de reducir la penalidad en atención a las circunstancias del autor o del hecho que hayan rodeado la realización del delito. Entre ellas hay algunas que se dan en el mismo momento de los hechos y otras que son postdelictivas porque aparecen después del delito por un determinado comportamiento del delincuente, entre las se encuentran la de confesión y reparación que responden a una menor necesidad de pena por el acercamiento del infractor a

la legalidad³¹. Esta reparación puede ser realizada por propia iniciativa del agresor o bien ser consecuencia de un programa de mediación, en ambos casos si se consigue un acuerdo satisfactorio entre víctima y agresor puede dar lugar a la apreciación de la atenuante genérica de reparación del art. 21.5 CP cuyo contenido es el siguiente: “*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*”.

La atenuante de reparación tiene una clara vocación de proteger los intereses de la víctima incentivando la reparación del daño por el delincuente o la disminución de sus efectos, aunque también arrastra una preferencia por la necesidad de pena, más que por el merecimiento de pena. El merecimiento de pena viene determinado por una desvaloración jurídica de la conducta delictiva realizada, atendiendo al bien jurídico lesionado, a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del responsable, mientras que la necesidad de pena valora los mismos criterios señalados pero enfocados hacia la prevención, para evitar penas innecesarias, ineficaces y desocializadoras.

Algún sector de la doctrina penal ha criticado esta atenuante por entender que es contradictorio atenuar la pena por el cumplimiento de una obligación legal como es la reparación de los daños causados por el delito, que su aplicación puede rebajar el efecto preventivo de la pena y que puede presentar problemas con el principio de igualdad ante las diferencias económicas de los delincuentes, sin embargo tales críticas parten de un concepto de la reparación meramente civilista y económico olvidando su contenido de encuentro con la víctima y de reparación moral o simbólica lo que es mucho más importante tanto para la víctima, como para el delincuente y la sociedad³².

La referencia al culpable se dirige al responsable del hecho delictivo, según los criterios del art. 28 del Código Penal, lo que suscita dudas respecto a la figura del asegurador a la hora de hacer frente a las responsabilidades civiles. La Jurisprudencia viene manteniendo de forma general que la reparación que se produce como consecuencia del cumplimiento de sus deberes contractuales por parte de las compañías aseguradoras, máxime cuando se trata de un seguro obligatorio, no puede

configurar la atenuante 21.5, porque no es el culpable el que repara, sino un tercero, la empresa de seguros, aunque ésta lo haga como contraprestación a las primas que pagó el acusado. Así lo entendieron la STS de 20.11.00 (8944) y la STS 23.03.04 (1599) al señalar que no es meritorio el hecho de haber cumplido con el deber de tener asegurados los riesgos derivados de la circulación del vehículo de motor que impone el Estado en aras de una mayor protección a las víctimas ante la frecuencia de esta clase de eventos, y que por tanto no merecen la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación, que debe ser realizada personalmente por el autor del hecho delictivo.

Sin embargo, al no exigir ningún elemento subjetivo, nada impide admitir como reparación el pago de la responsabilidad civil por la aseguradora contratada previamente por el sujeto (si su póliza alcanza daños derivados de hechos delictivos) por demostrar una voluntad de resarcimiento de potenciales víctimas, lo mismo sucedería si el pago lo facilita un familiar del responsable del delito, siempre que la voluntad o mínima iniciativa del pago proceda del culpable como señala la dicción literal del art. 21.5 del Código Penal. En este sentido la SAP Asturias 25 de enero de 2003 entiende que al no exigirse móvil o elemento subjetivo alguno, se puede admitir que sea un familiar o un amigo del culpable o un tercero (como las compañías de seguros) el que facilite los medios económicos para hacer la reparación, siempre que la reparación sea a consecuencia de la voluntad del culpable, como sucede también en el hecho enjuiciado, en que el pago por la compañía de seguros es consecuencia de que el acusado concertó un seguro de responsabilidad civil que cubría la que pudiera derivarse del uso de la grúa y pagó en su momento la prima correspondiente, y una vez producidos los hechos dio parte del siniestro el mismo día a la aseguradora y, ante las objeciones de ésta, insistió por vía notarial en que la misma debía responder del siniestro, luego su voluntad decidida de pagar a través de la aseguradora no puede cuestionarse.

También la STS 10.5.2006 (7674) recuerda que por su carácter objetivo, no es impedimento que la entrega dineraria reparadora sea realizada por la familia a instancias del imputado aconsejado por su abogado defensor “*los propósitos o finalidades que mueven*

31 TAMARIT SUMALLA, J.M. “Hechos postdelictivos e individualización en la ejecución” en (ASÚA BATARRITA, A./GARRO CARREIRA, E. Eds.) *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Bilbao 2009, p. 111.

32 ASÚA BATARRITA, A. *op. cit.* p. 161, crítica que tenga el mismo efecto atenuatorio el adelanto del pago de la responsabilidad civil antes del juicio, que el esfuerzo que conlleva la participación en un proceso de mediación.

al culpable a reparar el daño carecen de relevancia, por cuanto la atenuación se produce con caracteres marcadamente objetivos, más pendientes del hecho efectivo de aliviar la situación de la víctima, la gran olvidada del derecho penal. Tampoco importaría el origen de la indemnización que se realiza, si no fuera porque así lo impone la mención legal. Ésta debe entenderse en el sentido de que la actividad reparadora dineraria, si no procede exactamente del culpable (es usual que éste sea insolvente), cuando menos será preciso que de su parte medie una intervención o gestión tendente a que tal reparación se produzca, recurriendo a terceros (familiares, amigos, entidades bancarias) de donde obtener los caudales necesarios para efectuar la reparación hasta donde sea posible. Es pues suficiente con la participación activa del culpable, aunque la fuente última de la reparación no provenga de él mismo”.

En cuanto a la víctima es un término amplio, más criminológico que dogmático, por eso no se debe ceñir sólo al sujeto pasivo ofendido o agraviado del delito sino también a los perjudicados. Por ejemplo en un homicidio la atenuante de reparación nunca podrá dirigirse a compensar al sujeto pasivo ya fallecido pero sí a sus familiares más cercanos por la pérdida de un ser querido.

El acuerdo mediador puede consistir en la reparación total o parcial del daño o en disminuir sus efectos, esto supone que cuando se trata del pago de la responsabilidad civil en delitos patrimoniales si es total se suele aplicar como muy cualificada y si es parcial como atenuante ordinaria, salvo que pudiendo el responsable, no se haga cargo del pago total, mientras que en las infracciones personales el pago aunque sea total siempre es considerado como una reparación parcial porque no abarca la disminución de todos los daños sufridos. Todos estos supuestos tienen el inconveniente de que parecen admitir un único contenido económico a la atenuante de reparación, sin embargo en el contexto de la mediación penal lo correcto es interpretarla ligada a la asunción del delito por parte del sujeto, ya que esta atenuante tiene un contenido político criminal que va mucho más allá que la mera responsabilidad civil, al vincularse a los fines de la pena y a la responsabilidad por el delito cometido³³.

Precisamente porque la reparación no sólo se refiere a la responsabilidad civil derivada del delito, puede abarcar contenidos mucho más amplios:

En primer lugar puede consistir en cualquiera de los contenidos de la responsabilidad civil del art. 110 del Código Penal, y no sólo el pago, es decir reparación, restitución e indemnización por los daños y perjuicios causados. En concreto el art. 112 del Código Penal define la reparación del daño como “*las obligaciones de dar, hacer o no hacer establecidas por el Juez atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable...*” entre todos estos contenidos, en un acuerdo mediador serán las partes y la propia naturaleza del delito las que determinen lo más apropiado.

Cuando tiene contenido económico puede consistir en restituir lo sustraído (sin importar si el perjudicado renuncia a ser indemnizado) o reparar el daño causado. En este sentido lo más importante es el esfuerzo realizado por el responsable, por eso la reparación parcial no basta si el sujeto está en condiciones de llevarla a cabo totalmente, ya que se valora lo reparado en función de su propia capacidad, pero si es acorde a sus posibilidades puede ser suficiente siempre que sea relevante o sustancial. Si se da en el curso de un proceso de mediación, son las partes quienes han de fijar los contenidos concretos de la reparación con sus respectivos asesores y el mediador, por eso se subjetiviza pudiendo ser diferente de la responsabilidad civil, bien por exceso aceptado por el agresor que repara o por defecto aceptado por la víctima³⁴.

No es necesario que sea de contenido económico, por eso cuando el infractor es insolvente o la víctima no tiene interés económico, puede ser simbólica o testimonial en el marco de las obligaciones de dar, hacer, o no hacer propias de la reparación del daño, en este sentido la STS 6.10.98 (1132) y, más recientemente, la STS 3.11.2009 (1103) señalan que se puede apreciar no sólo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. Otros tipos de reparación simbólica pueden ser conductas dirigidas a disculparse expresamente ante la

33 GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “Reparación, atenuación de la pena y responsabilidad civil por delito en la práctica forense española” en *Hechos postdelictivos...* cit. p. 101, 104, 108.

34 GUIMERÀ GALIANA, A. “La mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Cataluña” *Revista española de investigación criminológica* 2005, p. 11.

víctima (redacción de una carta, petición de perdón), conductas altruistas (donación de sangre, visita a instituciones, prestación voluntaria de asistencia a personas necesitadas), conductas de colaboración con la Justicia en la persecución del delito, conductas de compromiso personal de no reincidencia (sometimiento a tratamiento) o disminución de los efectos del delito. Esta reparación simbólica suele ser la más efectiva en los programas de mediación, y tiene mucha importancia como factor preventivo del delito cuando consiste en un pacto de comportamiento futuro, siendo por regla general admitida en todos los delitos.

La disminución de los efectos del delito abre un amplio abanico de posibilidades de conciliación como después de un accidente de tráfico requerir ayuda a las autoridades para atender a las víctimas, en tráfico de drogas relatar fielmente los hechos y en lesiones u homicidio prestar asistencia o trasladar a la víctima al hospital para ser atendido. También puede consistir en encuentros de reconciliación y en prestación de servicios a la comunidad, por eso los delitos que no tienen resultado por ser de mera actividad no deben quedar fuera de la aplicación de esta atenuante, de esta manera en delitos de tráfico de drogas se puede entender como reparación del daño la colaboración en el tratamiento de drogodependientes y en los de seguridad del tráfico la ayuda, asistencia o ayuda a víctimas de accidentes de tráfico.

La SAP Valencia 20.6.2000 (2615) respalda la apreciación de la atenuante de reparación en un delito contra la seguridad del tráfico con los siguientes argumentos: *“la pena tiene una finalidad primordial de reinserción o de recuperación del infractor para la sociedad. Desde esta perspectiva tiene plena razón de ser la decisión de la juzgadora, al aplicar esta atenuante en un caso en el que aparece constatada por un organismo público —o al menos dependiente del Ayuntamiento de Madrid—, una clara y continuada acción recuperadora del culpable, que se ha internado en una comunidad de tratamiento para alcohólicos, ha mostrado desde el principio su intención de colaborar ayudando a pacientes tetrapléjicos —a causa de accidentes de tráfico la gran mayoría— o en otro tipo de servicio social, colaboración que no se le ha permitido hasta estar en condiciones de abandonar el tratamiento en condición de interno y entrar en fase de inserción social”*.

En cuanto a la petición de disculpas, la SAP Cáceres 7.11.2001 (57/02) aprecia la atenuante por las disculpas transmitidas en una carta *“el procesado ha intentado reparar el daño ocasionado a la víctima, no sólo de*

una manera afectiva (escribiéndole una carta disculpándose de su proceder), sino también poniendo a su disposición las cantidades consignadas judicialmente para indemnizar los perjuicios ocasionados por las lesiones padecidas y reintegrar el dinero sustraído, todo ello realizado con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

Sin embargo la STS 20.10.2006 (8121) realiza una interpretación restrictiva de la petición de disculpas como atenuante analógica de reparación del daño en un delito de lesiones graves con los siguientes argumentos:

- Es predominantemente objetiva ya que su finalidad es proteger a la víctima, ha de hacerse antes de la celebración del juicio y ha de ser de naturaleza material, excluyendo los aspectos subjetivos de arrepentimiento.
- Exige una *conducta personal del culpable*, excluyendo los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio, las fianzas exigidas por el Juzgado, las conductas impuestas por la Administración y la comunicación de la existencia de objetos buscados cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.
- La reparación ha de ser significativa y relevante, lo meramente aparente o reducido, teniendo medios adecuados, no deber ser reconocida; la insolvencia no puede crear un privilegio atenuatorio.
- Las reparaciones parciales significativas cuando supongan un esfuerzo reparador auténtico, deben ser reconocidas porque contribuyen a disminuir los efectos judiciales del delito.

Lo más decepcionante de esta sentencia es que acaba afirmando que *la mera participación del responsable en un programa voluntario de mediación penal aún con resultado positivo no implica efectiva reparación, ya que al haber renunciado el perjudicado a cualquier indemnización nada había que reparar; por ello sin reparación real y efectiva, total o parcial no puede haber atenuación*.

Tal pronunciamiento debe ser duramente criticado por asociar la reparación sólo a los aspectos materiales sin extenderlo a los simbólicos, porque atribuye las disculpas a la *“exclusiva generosidad de la víctima”*, con lo cual ignora la garantía del equilibrio de las partes suscrito por el mediador, y porque minusvalora el esfuerzo que supone la intervención voluntaria en un programa de mediación penal, y todo ello pese a que en el fallo al justificar la individualización de la pena por la aplicación de la atenuante muy cualificada de embriaguez exprese que *“la conciliación entre la víctima y*

el agresor haga que la pena se acerque más al mínimo que al máximo de la pena”.

La reparación puede lograrse en cualquier momento del procedimiento pero necesariamente antes de la celebración del juicio oral, lo que puede entenderse como que no sea sólo al inicio, sino también durante las sesiones pero siempre antes de su finalización, por lo tanto cuando el acuerdo de mediación se alcanza antes o durante el enjuiciamiento, su concreción legal debe estar en la aplicación de la atenuante de reparación, con la intensidad que estime el Juez³⁵. La exigencia de que sea antes del juicio oral se debe a que la víctima obtendría la ventaja de no esperar a la ejecución de la sentencia para ver resarcidas sus peticiones, lo que reducirá sus perjuicios, sin embargo en algunas ocasiones si se consigue después de este momento también cabe apreciarla como atenuante analógica del art. 21.6 del Código Penal, STS 11.10.2007 (6095).

Además de las diferencias señaladas anteriormente, la diferencia entre la aplicación de la atenuante ordinaria y la muy cualificada radica en la entidad del delito, la magnitud de la reparación y el criterio judicial. Como ejemplo de ello la STS 5.4.2004 (3436) aprecia muy cualificada la atenuante de reparación del daño en un delito de malversación de caudales públicos por proceder a la devolución del dinero sustraído no durante el procedimiento judicial y antes del acto del Juicio oral, sino, incluso muchos meses antes de incoadas las actuaciones y la STS 29.1.2008 (1720) también la aprecia como muy cualificada en un asunto en el que además de reparar económicamente se solicitó expresamente perdón, “lo que refleja una actitud de reconocimiento del orden jurídico y supone al tiempo una reparación moral, indicativa del esfuerzo por expresar el retorno al orden jurídico”.

4.3. Sustitución de la pena

La sustitución de la pena que permite la posibilidad de evitar la imposición de una pena privativa de libertad en la misma sentencia, es una de las consecuencias más atractivas que se pueden derivar de los acuerdos de mediación al permitir al Juez cambiarla por otra pena no privativa de libertad, y con ello, con menos inconvenientes para la reinserción social, por eso se trata de una figura que se dirige a fomentar la prevención especial. La pena de prisión se puede sustituir por pena de

multa, por pena de trabajos en beneficio de la comunidad y por pena de localización permanente, siendo uno de sus requisitos principales el esfuerzo del culpable en la reparación del daño causado.

En este caso los acuerdos ya no han de ser necesariamente antes del juicio oral, pueden ser después, lo que da un margen más amplio a la mediación. La sustitución la puede decidir el Juez de oficio o a instancia de parte, en la misma sentencia o después en auto motivado pero siempre antes de que comience la ejecución, previa audiencia del penado, el Ministerio Fiscal y la víctima, si se ha personado como acusación particular. Su concesión tiene carácter discrecional, y puede ser recurrible si no se respetan los requisitos legales.

La regla general es sustituir las penas de prisión no superiores a un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y en las penas de menos de seis meses por localización permanente, siempre que no sean reos habituales. Además se valoran las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y en especial el esfuerzo en la reparación, lo que le da una nueva oportunidad a la mediación si antes del juicio no han sido posibles los acuerdos entre víctima y delincuente.

Los requisitos para su aplicación son los siguientes:

a) *se pueden sustituir las penas de prisión que no excedan de un año*: aunque no se dice expresamente, se puede entender que se refiere a penas individuales y por ello aunque conjuntamente excedan de este límite no es problema para sustituir. De esta manera cuando el Juez o Tribunal imponga varias penas de prisión se puede decretar la sustitución de las distintas penas que aisladamente consideradas no excedan de un año, ya que lo contrario puede perjudicar al reo, por ejemplo un sujeto condenado a una pena de seis meses y dos penas de nueve meses de prisión no podría ver sustituida ninguna de ellas, lo que sería una interpretación analógica en perjuicio del reo³⁶.

Excepcionalmente puede alcanzar a penas hasta dos años de prisión en sujetos no habituales, si de las circunstancias del hecho y del culpable se infiere que su cumplimiento puede frustrar sus fines de prevención y reinserción social, exigiendo los mismos requisitos que el supuesto anterior, incluido el esfuerzo en la reparación. Este supuesto se dirige a dar una solución a los casos en que la entrada en prisión puede producir un

35 RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código Penal*. Dtor. Rodríguez Mourullo Madrid 1997, p. 116.

36 LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena*. Valencia 2005, 6ª Ed., p. 299.

grave perjuicio como la pérdida del puesto de trabajo, la supresión de ingresos para su familia, la separación del entorno familiar... en definitiva producir un daño mucho más grave que el beneficio social que suponga la entrada en prisión por razones estrictas de justicia.

b) *el delincuente no puede ser habitual*: Como señala el art. 94 del Código Penal son habituales “los que hubieran cometido tres o más delitos del mismo capítulo en un plazo no superior a cinco años y hayan sido condenados por ello”, este concepto legal que hay que tener en cuenta a efectos de sustitución es más restrictivo que el concepto criminológico que utilizaba el Tribunal Supremo para la aplicación de determinados delitos que se refería a la comisión de tres o más hechos delictivos aunque no hubieran sido objeto de sentencia condenatoria. Aquí se exige que sean tres o más delitos condenados anteriormente pero del mismo capítulo del Código Penal, si son de distintos no es habitual por ejemplo el delito de robo y el de hurto están en distinto capítulo del Título XIII por lo tanto las condenas anteriores de uno de ellos no podrían ser consideradas habitualidad respecto al otro; el plazo de cinco años entre todos ellos es para evitar que haya un lapso de tiempo dentro del cual no se hayan cometido delitos.

En consecuencia la sustitución se podrá aplicar aunque el sujeto sea reincidente de numerosos delitos siempre que no sean del mismo capítulo del Código Penal y siempre que las sentencias anteriores se hayan dictado en un plazo superior a cinco años.

c) *circunstancias personales del reo, conducta, naturaleza del hecho y en especial el esfuerzo en la reparación*: Todas ellas han de ser valoradas en el acuerdo judicial de sustitución, el último relativo a la reparación es el requisito principal al decir el Código Penal “y en especial...” lo más importante es que no tiene un contenido objetivo de mero resarcimiento de daños, sino subjetivo al valorarse el esfuerzo realizado para dicha finalidad. El contenido de la reparación por ello, es más amplio y extenso que la responsabilidad civil derivada del delito, ya que puede comprender la restitución e indemnización por daños y perjuicios, la reconciliación o incluso las prestaciones sociales, pero puede ser más restrictivo si se valora sólo el esfuerzo personal, excluyendo que lo puedan hacer personas diferentes al responsable, lo que requiere que se aporten informes psicológicos, económicos o laborales que ilustren sobre la situación personal y social del condenado.

En cuanto a las penas sustitutivas, si se trata de multa se debe comprobar la solvencia del condenado ya que su impago le puede llevar de nuevo a la prisión a través de la responsabilidad personal subsidiaria por impago

de multa regulada en el art. 53 del Código Penal. Por su parte respecto a los trabajos en beneficio de la comunidad es relevante en la decisión judicial de sustitución que, tras la reforma de la Ley 15/2003, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad regulada en el art. 49 del Código Penal puede consistir en tareas de reparación de los daños causados o de apoyo o de asistencia a las víctimas, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, lo que le dota de una gran importancia si la mediación ha facilitado la sustitución de la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad.

En el acuerdo de sustitución el Juez o Tribunal pueden imponer la observancia de una o varias obligaciones del art. 83 del Código Penal, es decir de las previstas para la suspensión de la ejecución de la pena y que pueden consistir en prohibición de acudir a determinados lugares, prohibición de aproximarse a la víctima, prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal, comparecer personalmente ante el Juzgado participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares...

Aunque la mediación queda excluida de la violencia de género, en virtud de la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en los delitos del art. 173.2 CP si se ha realizado el esfuerzo en la reparación como exige el art. 88 del Código Penal se puede sustituir la pena de prisión pero en este caso sólo por trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, nunca por multa y con la imposición obligatoria de programas específicos de rehabilitación, tratamiento psicológico y prohibición de acercarse o comunicar con la víctima.

La sustitución de la pena por reparación puede ser compatible con la aplicación de la atenuante 21.5 del Código Penal antes explicada ya que no coinciden en el momento procesal (para la atenuante antes del juicio oral, para la sustitución en cualquier momento), no coinciden los destinatarios (para la atenuante la víctima, para la sustitución no lo concreta ya que sólo habla de daño causado) y no coinciden los requisitos del culpable (para la atenuante basta la reparación objetiva, para la sustitución se valora el esfuerzo del culpable).

4.4. Suspensión de la ejecución de la pena

Como otra posibilidad de evitar cualquier pena privativa de libertad (prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa) la suspensión de su ejecución permite que una vez dictada sentencia condenatoria, el Juez, atendiendo

fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto y la existencia de otros procedimientos penales contra éste, deje en suspenso su ejecución sin ordenar el ingreso en prisión siempre que se den los requisitos que recoge el art. 80 CP, es decir primariedad delictiva, que la pena o suma de las penas impuestas no supere los dos años y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles.

La peligrosidad criminal como criterio preferencial recuerda el fundamento de prevención especial de la suspensión de la ejecución de la pena, ya que se ha de valorar la probabilidad del sujeto de cometer delitos en el futuro, lo que supone manejar un pronóstico de comportamiento futuro que indique la necesidad o no de ejecutar la pena en función de las posibilidades de volver a delinquir, lo que no debe dejarse a la mera intuición del juzgador sino que se ha de apoyar en informes de expertos que analicen las expectativas del comportamiento futuro teniendo en cuenta las características del reo, por eso la mediación con la víctima puede ser considerada como un factor positivo de menor peligrosidad.

El requisito de cumplir con las responsabilidades civiles es el que abre la vía a la mediación para facilitar que un acuerdo de entre las partes lo facilite y con ello permita suspender la pena del responsable del delito y satisfacer a la víctima con el resarcimiento del daño sufrido. En este sentido, los requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena requieren las siguientes precisiones en orden a que sea una figura apta para facilitar los acuerdos de mediación:

a) Que el condenado haya delinquirado por primera vez, por tanto ni los antecedentes por delitos imprudentes, ni los antecedentes por faltas, ni los antecedentes ya cancelados van a ser tenidos en cuenta. Respecto a los hechos anteriores, si todavía no están sentenciados tampoco se pueden tener en cuenta, por la prioridad de la presunción de inocencia, y si después de concedida la suspensión, recae sentencia de esos hechos anteriores, aquella no se puede revocar. Dándose el resto de requisitos de la suspensión, si el sujeto no es primario y hay acuerdo de mediación con la víctima se ha de derivar a la atenuación de la pena en sentencia.

b) Que la pena o penas impuestas o la suma de las mismas no superen los dos años. En este cómputo no se incluye la privación de libertad derivada del impago

de multa, pero si se dice expresamente que se trata de pena única o conjunta. La limitación a los delitos de poca gravedad aumenta las posibilidades de acuerdos mediados.

c) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, salvo insolvencia total o parcial del condenado, es el requisito que más cuestiones plantea en orden a poder aplicar la suspensión como consecuencia de un proceso de mediación:

En relación a la persona que debe hacer frente a la responsabilidad civil, es el condenado el que debe tener capacidad económica, por ello aunque los familiares sean solventes la insolvencia personal no impide da por cumplido el requisito, y si uno de los condenados satisface su parte tampoco³⁷. Los acuerdos de mediación deben dirigirse a reducir los efectos morales del delito, si los materiales no puede cumplirlos por insolvencia u otros responsables del delito han hecho efectivo el pago, ya que hay que tener en cuenta que en la responsabilidad civil, al no exigir una declaración de insolvencia sino una constatación de la imposibilidad de hacer frente total o parcialmente de la responsabilidad civil, no siempre hay que pagar sino que puede consistir en hacer o no hacer algo.

Aunque no se exige la voluntariedad ya que se puede pagar por vía de apremio, dando por cumplido este requisito, en mediación es totalmente relevante la voluntad y disposición de reducir los daños a la víctima, como exponente de reinserción social, lo que se ratifica con la aplicación de un sustitutivo penal que debe valorar el comportamiento del sujeto³⁸.

El pago de las responsabilidades civiles se puede llevar a cabo en la sentencia o incluso después, ya que el pago de la responsabilidad civil antes del juicio es una señal de respeto a la víctima, y aunque parezca que tenga que ser necesariamente patrimonial, como este requisito es el que puede derivarse de un acuerdo de mediación no debería limitarse al pago sino ampliarse a otros contenidos conciliadores como las disculpas o el esfuerzo en la reparación. La concesión de la suspensión es compatible con la aplicación de la atenuante del art. 21.5 del Código Penal en la sentencia, pero no con la sustitución ya que estas dos figuras son alternativas.

La suspensión se ha de decidir después de la firmeza de la sentencia, cuando ya no quepan más recursos y

37 MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J. *Consecuencias jurídicas del delito*, 3ª Ed. Madrid 1996, p. 97.

38 FARALDO CABANA, P. "Satisfacción de los intereses de la víctima y resocialización del condenado" *Estudios penales y criminológicos XXVI* Santiago de Compostela 2006, p. 19.

por lo tanto la pena o se ejecuta o se suspende, y con la mayor urgencia posible, art. 82 del Código Penal, por eso una vez es firme la sentencia, el letrado defensor debe solicitarla inmediatamente y requerir un entrevista con el Juez o ponente del Tribunal y el Ministerio Fiscal con el fin de informarles, en su caso, de los acuerdos de mediación a los que se haya llegado aportando documentos del cumplimiento de todos los requisitos legales. En los delitos perseguibles previa denuncia o querrela del ofendido, se ha de oír a éste o a quien le represente (caso de menores o incapaces) antes de acordar la suspensión de la ejecución, aunque su opinión no es vinculante para el Juez. Este requisito le da a la víctima gran protagonismo puesto que ya que impulsó el procedimiento, se le consulta antes de suspender la pena de prisión impuesta, lo que se puede ver reforzado si ha habido un acuerdo de mediación en el que la víctima haya visto sus expectativas cumplidas.

El plazo de suspensión puede durar de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves, teniendo en cuenta las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la condena, previa audiencia de las partes. La condición principal es la de no delinquir, entendiendo como tal no cometer delitos que den lugar a una sentencia condenatoria dentro del plazo de suspensión, es decir el delito tiene que cometerse, juzgarse y ser firme la sentencia dentro del plazo de suspensión, si los hechos son anteriores al plazo de la suspensión o se juzgan después no se ha incumplido la condición, por el contrario si se delinque durante este plazo el Juez o Tribunal revoca la suspensión de la ejecución y ordena el ingreso en prisión. La comisión de faltas y delitos imprudentes durante este plazo mayoritariamente se entiende que no da lugar a la revocación de la suspensión.

Además se puede imponer alguna de las reglas de conducta recogidas en el art. 83 del Código Penal, entre las que cobra una especial importancia la participación en programas formativos que pueden consistir en una mediación extrajudicial con la víctima³⁹, siempre que se cuente con la voluntariedad de la víctima y del propio condenado, ahora bien si se incumple lo pactado, se puede sustituir la regla de conducta, prorrogar el plazo sin exceder el máximo legal o revocar la suspensión si el incumplimiento es reiterado, pero los daños que puede producir en la víctima son notables, por ello es

muy importante que el mediador sólo avale los acuerdos susceptibles de ser cumplidos.

En los delitos de violencia de género se impondrán en todo caso las reglas nº 1 (prohibición de acudir a determinados lugares), nº 2 (prohibición de aproximarse o comunicar con la víctima o sus familiares) y nº 5 (participación en programas formativos, laborales, culturales...) del art. 83 del Código Penal y además si se incumplen se ha de revocar en todo caso la suspensión, lo que supone unas condiciones más restrictivas que el resto de delitos que hay que unir a la prohibición expresa de la mediación en estos delitos que recoge la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que impide su práctica en estos delitos.

Un supuesto específico de suspensión de la ejecución de cualquier tipo de pena (no sólo las privativas de libertad) es el de los condenados que sufran una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, art. 80.4 del Código Penal, para ello el único requisito necesario es que no tengan ninguna pena suspendida por este motivo en el momento de la comisión del delito, sin necesidad de esperar al peligro de muerte inmediata, sino a que la gravedad de la enfermedad estime desaconsejable la estancia en prisión. Hay que tener en cuenta que la no exigencia de los requisitos legales del supuesto general de la suspensión de la ejecución de la pena está eximiendo de la necesidad de pagar la responsabilidad civil a la víctima, con lo cual en este supuesto la protección de los intereses del delincuente pasan por delante de los de la víctima ya que se fundamenta en los principio de humanidad y dignidad humana de la persona que padece este grave enfermedad, por eso una forma de equilibrar ambos intereses puede ser propiciar a través de un acuerdo de mediación, siempre que la salud del condenado lo permita, la compensación de contenido moral cuando la económica no sea posible por dichas razones (insolvencia, incapacidad para trabajar...)

Otro supuesto específico de suspensión de la ejecución de la pena es el de quienes hubieran cometido el delito como consecuencia de su adicción a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras produzcan efectos análogos siempre que se certifique suficientemente por centro público o privado homologado que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento de deshabitua-

39 RÍOS MARTÍN, J.C./PASCUAL RODRÍGUEZ, E./BIBIANO GUILLÉN, A./SEGOVIA BERNABÉ, J.L. ...*op. cit.* p. 99.

ción en el momento de decidir la suspensión, art. 87 del Código Penal. En ellos, el único requisito común con el supuesto general de suspensión es el cumplimiento de las responsabilidades civiles, lo que confirma que en este caso los intereses de la víctima no dejan de ser tenidos en cuenta, los demás requisitos, sin embargo, son diferentes al supuesto general ya que aquí no se exige la primariedad delictiva, sino que de ser el sujeto reincidente, el Juez o Tribunal valorará en atención a las circunstancias del hecho y del autor si es oportuno conceder la concesión, y varían también las penas susceptibles de este tipo de suspensión al ser las privativas de libertad no superiores a cinco años. La finalidad de este supuesto específico es fomentar los tratamientos de deshabitación fuera de la prisión puesto que son más efectivos, ya que la dependencia a las drogas se presenta como uno de los factores criminógenos más importantes, por eso la reincidencia no excluye la concesión de la suspensión de la ejecución, sino que se ha de valorar teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del autor. Cuando se trata de delitos patrimoniales, puede ser muy útil la mediación entre infractor y víctima en la medida en que ésta vea en su agresor a una persona necesitada de tratamiento y él a su vez acepte el tratamiento como una forma de asunción de la responsabilidad en la comisión delictiva.

Las condiciones de este supuesto son específicas también ya que además de la exigencia de no delinquir durante el periodo de suspensión que puede oscilar entre tres y cinco años, no puede abandonar el tratamiento hasta su finalización

Las diferencias más importantes entre sustitución y suspensión de la pena a efectos de reconocer judicialmente los acuerdos llegados en un proceso de mediación son las siguientes:

Momento procesal: Sustitución en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado pero antes de la ejecución. Suspensión después de la firmeza de la sentencia con la mayor urgencia posible, lo que da un margen de tiempo para cumplir el compromiso del acuerdo.

Duración de las penas a las que afecta: Sustitución la regla general es que las penas no excedan de un año, y la excepción que no excedan de dos años. Suspensión la regla general es que no excedan de dos años, la excepción para drogodependientes es que no excedan de cinco años, lo que facilita la validez de los tratamientos como acuerdo reparador en delitos menos graves.

Requisitos: Sustitución se valoran las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y esfuerzo en reparación. Suspensión han de ser delinquentes primarios y haber satisfecho la responsabilidad civil. En este caso la sustitución se vincula mejor con la mediación al recoger claramente un concepto de reparación más amplia, no sólo material, y subjetiva porque valora el esfuerzo del sujeto, a diferencia de la suspensión que se puede conceder con el mero pago indemnizatorio por recoger una reparación objetiva y material.

4.5. Pena de trabajos en beneficio de la comunidad

La existencia de esta pena si bien iba ligada inicialmente a la posibilidad de reparar los daños derivados del delito con la sociedad en general, para facilitar esta actuación a los sujetos que por carecer de medios económicos no podían hacerlo directamente con la víctima, en la actualidad ha evolucionado hacia prestaciones que pueden favorecer directamente a las víctimas⁴⁰. Prueba de ello son las dos reformas del Código Penal de 1995 que le han dotado de protagonismo en los programas de mediación: en primer lugar la Ley 15/2003 de 25 de noviembre reforzó su vigencia pasando a ser pena principal en algunos delitos menos graves y en faltas, permitiendo que sustituya directamente a la pena de prisión y valorando, por tanto, el esfuerzo en la reparación; en segundo lugar la Ley 5/2010 de 22 de junio, admitió entre las actividades de utilidad pública que puede realizar el penado las de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido, lo que puede ser una vía de entrada a los programas de mediación, teniendo una gran importancia en su virtualidad para los mismos, la necesidad de la voluntariedad del penado y su orientación de utilidad social. La posibilidad de que consista en tareas de ayuda, reparación o asistencia a las víctimas le dota de efectos directos dentro de la mediación, ya que si esta pena se impone tanto directamente como sustitutiva de la prisión puede consistir precisamente en ejecutar los acuerdos de mediación a los que hayan llegado las partes o bien en la realización de tareas comunitarias pero vinculadas a la asistencia y protección de víctimas de delitos similares.

Algunos de los delitos a los que se puede aplicar son: violencia doméstica (art. 153), robo y hurto de uso de vehículo (art. 244) o seguridad del tráfico (art. 379) y entre las faltas conductas como incumplimiento debe-

40 ROLDÁN BARBERO, H. *op. cit.* p. 122.

res familiares (art. 618.2) o maltrato de animales (art. 632.2).

5. La mediación durante el cumplimiento de la condena

5.1. La intervención de la víctima en la ejecución penal

El protagonismo que la justicia restaurativa concede a la víctima como parte del conflicto penal, no siempre es bien recibido por la doctrina cuando se identifica como un riesgo de privatización y de desplazamiento de la intervención pública estatal, lo que resulta especialmente relevante en el momento de la ejecución de la pena. Estos recelos han llevado a mantener el rechazo a cualquier tipo de mediación durante la ejecución penal⁴¹, lo que no debe confundir la participación de la víctima en la decisión sobre figuras penitenciarias, algo totalmente incompatible con el carácter público del tratamiento penitenciario, con la intervención en un proceso de dialogo en el marco de un programa de reinserción que recoja la posibilidad de mediación.

Los argumentos que se suelen presentar contra este tipo de mediación son que si no se ha logrado conseguir antes de la sentencia no hay razones para pensar que se va a conseguir después, que la víctima después de tanto tiempo después del delito va a preferir olvidar y no revivir una experiencia que a lo mejor ya se ha olvidado, que el agresor ya condenado ya tiene su pena impuesta y por tanto de poco le puede servir el acuerdo con la víctima, que son grandes las dificultades para llevar a cabo los encuentros en el centro penitenciario, no solo por las medidas de seguridad propias del sistema carcelario, sino porque la víctima puede tener mayores sentimientos de miedo o temor por la hostilidad del lugar y que el medio penitenciario, en general, no suele facilitar este tipo de actividades, no solo por problemas de funcionamiento y organización, sino también por la propia formación de los profesionales penitenciarios, tradicionalmente volcada en el interno y no en la víctima.

Sin embargo todos estos reproches olvidan que la mediación siempre es positiva, porque como solución pacífica y dialogada de los conflictos satisface a ambas

partes, además, en todo caso ha de ser voluntariamente aceptada por agresor y víctima y precisamente, el paso del tiempo puede servir para suavizar las diferencias desde una perspectiva menos enfrentada, de hecho incluso se afirma que esta mediación tardía es más fácil de aplicar porque evita los problemas con el principio de oficialidad y el de presunción de inocencia del proceso⁴², de esta manera a través de la mediación se puede conseguir que el condenado asuma y reconozca los hechos y que la víctima supere el choque emocional del delito o daño sufrido.

No hay que olvidar que la mediación en la ejecución penal, espacio en el que es preferente la prevención especial, sirve doblemente a la finalidad resocializadora de la pena de prisión ya que permite al penado reintegrarse en la sociedad después de la responsabilidad que supone haberse sensibilizado con los intereses de la víctima compensado sus daños, y prepara a la sociedad y especialmente a la víctima para aceptarlo de nuevo sin temores ni recelos. Como señala Tamarit⁴³ la mediación/reparación coincide básicamente con los postulados del tratamiento penitenciario como son la voluntariedad y el carácter incentivador en el sistema de cumplimiento, y se ajusta plenamente a la flexibilidad propia de la clasificación penitenciaria.

Existen algunos modelos de este tipo de mediación en el derecho comparado como por ejemplo en Reino Unido, Estados Unidos, Bélgica y Canadá, donde la mediación se ha extendido al ámbito penitenciario, en algunos casos para potenciar encuentros voluntarios entre infractores y víctimas a través de un mediador con el objetivo de responsabilizar y pacificar las relaciones entre ellos y por tanto, sin necesidad de centrarse en posibles beneficios penitenciarios o libertad condicional, mientras que en otros casos, grupos de víctimas se acercan a las prisiones para explicar a los internos sus experiencias como tales⁴⁴. En todos estos supuestos se aspira a sensibilizar a los reclusos con las víctimas, y también a mejorar la información en las decisiones que afectan a la excarcelación de los reclusos, lo que puede contribuir a reducir la ansiedad y el olvido en el que siempre han estado las víctimas durante el cumplimiento de la condena y facilitar el ofrecimiento de programas de mediación⁴⁵. En España una experiencia

41 GARCÍAARÁN, M. "La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo" *La Ley Penal* nº 30, 2006 p. 12.

42 MANZANARES SAMANIEGO, J.L. "La mediación penal" *Diario La Ley* nº 6900, 10 de marzo 2008. p. 10.

43 TAMARIT SUMALLA, J.M. "Hechos postdelictivos ..." cit. p. 118.

44 TAMARIT SUMALLA, J.M. "Hechos postdelictivos..." cit. p. 116.

45 TAMARIT SUMALLA, J.M. "La introducción de la justicia reparadora en la ejecución: ¿una respuesta al rearme punitivo?" *Revista general de Derecho Penal* nº 1, 2004. P. 10.

muy reciente es la que se está llevando a cabo en los delitos de terrorismo donde se ha producido encuentros entre agresores y víctimas con la finalidad de dialogo y pacificación, lo que no sólo ha abierto una vía de superación del terrible impacto social que produce el terrorismo, sino que introduce una forma de mediación penal hasta ahora poco explorada.

La protección de los intereses de la víctima no encaja demasiado bien con el espíritu de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, cuya orientación preferente es la consecución de la reinserción social de los reclusos, que actúa como principio programático de toda la ejecución penitenciaria; sin embargo, en los últimos años se han desarrollado algunos aspectos victimológicos, hasta ahora poco usuales en el cumplimiento de la prisión, como la valoración de la conducta del recluso dirigida a reducir los efectos del delito y compensar los daños causados a las víctimas, la intervención de la víctima no con facultades decisorias en la ejecución, pero sí con una mayor información sobre el cumplimiento de la condena de su agresor y la petición de perdón en los delitos de terrorismo. Entre las diversas razones que explican el impulso que han tomado estas recientes figuras hay que tener en cuenta no sólo los distintos fines de la pena que van más allá del mero castigo retributivo, buscando otras finalidades ulteriores en el imposición y cumplimiento de las penas, sino también la expansión del movimiento victimológico que trata de proteger a la víctima en todas las fases del iter penal: la instrucción, el enjuiciamiento y también la ejecución de la condena.

5.2. Características específicas

Respecto al tipo general de mediación, la diferencia de esta modalidad no se encuentra tanto en los sujetos ni en sus fines, ya que la víctima sigue pretendiendo los mismos objetivos: obtención de perdón, disculpa, reparación... y el agresor sigue teniendo la posibilidad de obtener ventajas punitivas, sino que lo verdaderamente diferente es el medio donde se realiza que comporta una serie de diferencias que se indican a continuación:

- el agresor ya ha sido condenado, por tanto los problemas con el principio de presunción de inocencia se debilitan, por eso el reconocimiento de los hechos pierde su finalidad de colaboración con la Justicia pero la gana como asunción del delito en términos de reinserción social, ya que una prueba de haber sido reinsertado durante la ejecución es asumir los hechos delictivos cometidos y reconocer su ilicitud, lo que no siempre coincide con el

arrepentimiento moral de lo realizado. Hay que tener en cuenta que la condición de penado del interno no le puede obligar en ningún caso a participar en los encuentros ya que debe ser algo totalmente voluntario, como todo tratamiento penitenciario, de manera que la voluntariedad necesaria para participar en cualquier programa de mediación, se une en este caso a la voluntariedad del tratamiento penitenciario.

- la tranquilidad que a la víctima le pueda reportar la privación de libertad de su agresor, puede ser perturbada ante eventuales salidas del medio penitenciario, ya que cualquier excarcelación anticipada respecto al final de la condena suele despertar en la víctima un sentimiento de miedo o inseguridad favorecida por la alarma social que a veces se crea ante la posibilidad de progresar a determinados delincuentes a semilibertad o permitirles disfrutar de permisos de salida, lo que puede provocar su rechazo a la mediación, pese a que los beneficios, en su caso, para el agresor no se conceden de manera automática sino por el cumplimiento de los requisitos legales. Además la víctima puede haber perdido el interés en mediar con su agresor, especialmente si se trata de delitos de poca gravedad o que apenas producen daños, sin embargo hay ocasiones en las que el paso del tiempo no aminora, e incluso incrementa, la necesidad de la víctima de recibir del agresor alguna compensación del daño producido, por ello la mediación puede evitar dichos daños, siempre que la víctima sea convenientemente preparada, ya que su presencia en el centro penitenciario puede considerarse como una sobreexigencia añadida al delito sufrido, salvo que se cuente con una preparación específica por parte de profesionales de la mediación.
- el espacio prisional elimina la igualdad de las partes que se da en la mediación pre o intrajudicial, ya que en este caso el agresor ya ha recibido su castigo, por tanto la posición de partida es de desigualdad, y además puede suponer la celebración de los encuentros en el medio que el agresor relaciona como posición de poder, aunque a la víctima, a su vez, pueda causarle rechazo. Para superar este inconveniente, la mediación debe formar parte del tratamiento penitenciario que está siguiendo el interno, con estrategias dirigidas a desarrollar actitudes conciliadoras, por ello sólo si ha avanzado en esa línea debe ser propuesto para celebrar los encuentros con la víctima e incluso facilitar que se celebren en el exterior, a tra-

- vés de figuras que permiten salidas o tratamiento extrapenitenciario.
- si la mediación forma parte de un programa de tratamiento, es necesaria la presencia inicial de un mediador del medio penitenciario, bien por relación funcional o por medio de entidades que colaboran en los centros penitenciarios en las actividades de tratamiento, que informará al condenado de las características de los encuentros y de sus consecuencias y lo preparará para la intervención, en su caso, en el programa. Una vez el sujeto condenado acepte participar, se debe remitir al servicio de mediación exterior (servicios de mediación, oficinas de atención a la víctima u organizaciones no gubernamentales) para informar a la víctima y ofrecerle participar.
 - los delitos que se prestan a este tipo de mediación no tienen ninguna característica especial, incluso a veces se llevan a cabo con los más graves como libertad sexual o terrorismo. En el caso especial de terrorismo, pese a que su extrema gravedad y los daños irreparables que producen en sus víctimas, lo han distanciado siempre de este tipo de actuaciones conciliadoras, recientemente ha sido objeto de una interesante experiencia en relación a los presos de la banda terrorista ETA, a través de la vía Nanclores para la reinserción de presos. Este programa se inició por el Gobierno socialista en colaboración con el Gobierno Vasco, pero posteriormente se modificó asumiendo el gobierno central la responsabilidad del programa; las diferencias básicas entre la primera iniciativa y la segunda son que en la primera se trataba de encuentros restaurativos, a solicitud del recluso, sin consecuencias en forma de beneficios penitenciarios y dirigidas por mediadores especializados de la oficina de víctimas de terrorismo del País Vasco, mientras que en la segunda los encuentros se califican de reparadores, sólo la víctima puede solicitarlos, no se ha aclarado si tendrá o no consecuencias penitenciarias y las dirige personal de la prisión⁴⁶.

- los efectos de la mediación durante el cumplimiento de la pena pueden tener un evidente contenido penitenciario para el agresor, al permitirle acceder a figuras en las que se valore su conducta y comportamiento postdelictivo, en aras a la valoración de avanzar en la reinserción social, también pueden ayudar a la víctima a superar los efectos de la victimización que hayan perdurado en el tiempo y que sólo este tipo de actuaciones son capaces de facilitar, pero sobre todo contribuyen al dialogo y a la pacificación social para superar el conflicto creado por la comisión del delito.

5.2. Valoración en las figuras penitenciarias

La ejecución penitenciaria se orienta a la reeducación y reinserción social de los reclusos lo que significa que su objetivo es conseguir signos de recuperación social en relación al delito cometido y a los factores de integración social que hayan podido contribuir al delito, para ello, a medida que el sujeto condenado a pena de prisión vaya mejorando no sólo su conducta penitenciaria, sino su actitud frente al delito cometido y al daño causado, el centro penitenciario debe ir concediendo espacios de prelibertad para que el interno vaya preparándose su salida al exterior. En este sentido la asunción del delito, la reparación del daño y las disculpas a la víctima deben ser tenidas en cuenta para la concesión de permisos de salida, la clasificación en régimen abierto y la concesión de la libertad condicional, abriendo una vía de unión entre reparación victimológica y tratamiento penitenciario.

En los últimos años muchas legislaciones penitenciarias han incluido como requisito para la obtención de figuras que permiten salidas al exterior, como pueda ser la semilibertad, el régimen abierto o la libertad condicional, que los internos hagan frente

al pago de la responsabilidad civil derivada del delito, lo que puede tener no solo un contenido económico de resarcimiento del daño material efectivo, sino también un contenido moral de reconocimiento del daño

46 El actual programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual para presos terroristas, contempla la posibilidad de que sólo a solicitud de las víctimas se puedan celebrar encuentros con los penados para que quienes lo deseen puedan pedir perdón, siempre que sean autores materiales o cooperadores directos del hecho delictivo. Los responsables del plan anterior, lo han criticado por entender que "técnicamente, en mediación autor-víctima, se recomienda trabajar primero con el victimario y, solo si éste está preparado y dispuesto, ofrecer el proceso a la víctima; esto se hace así para evitar generar expectativas que puedan verse frustradas y generar revictimización. Asimismo, surgen dudas respecto a la intervención de mediadores o facilitadores profesionales, ya que prescindir de esta participación constituiría un grave error" *Una reflexión antes que sea demasiado tarde*, T. URKIJIO/J. ARRESE, I. GARCÍA ARRIZABALAGA, X. ETXEBARRIA. Diario El País 29 de junio de 2012.

producido, disculpa o petición de perdón a la víctima; de esta forma la conciliación víctima agresor se puede conseguir en la medida en que desde la propia institución se fomente el cumplimiento de las obligaciones civiles o la asunción del delito, con ello la víctima puede obtener la satisfacción que no ha conseguido antes del juicio y contribuir con ello a reducir los efectos de la victimización secundaria. Obligación de la Administración Penitenciaria es para ello, en el aspecto económico de la conciliación, facilitar el trabajo de los reclusos tanto dentro como fuera de la cárcel, y en el aspecto de daño moral diseñar programas de tratamiento que estimule esta actitud de responsabilidad individual en los internos.

Las suspicacias sobre la sinceridad del interno para aceptar intervenir en la mediación deben despejarse porque presentan las mismas dificultades que la mediación llevada a cabo en otro momento del proceso, y sin embargo tiene un medio mucho más adecuado para ser evaluada como es la valoración de la asunción o reconocimiento del delito y el arrepentimiento interpretado en términos objetivos y no morales, que funcionan como criterios de numerosas figuras penitenciarias como los permisos de salida, la clasificación penitenciaria o la concesión del indulto⁴⁷, y que están en manos de profesionales que pueden desarrollar programas que fomenten esta actitud y que puedan valorar posteriormente los logros alcanzados.

En este sentido en la legislación penitenciaria española hay diversas figuras que pueden facilitar este mecanismo restaurativo, entre ellas se pueden destacar la clasificación en tercer grado, la libertad condicional y los supuestos específicos del terrorismo:

A) Clasificación en tercer grado:

Hasta fechas muy recientes, la legislación penitenciaria española no contenía ninguna referencia expresa a la mediación o reparación del daño en sede penitenciaria, lo que no impedía tenerlo en cuenta como un factor favorable dentro de la clasificación dada la gran flexibilidad del sistema de grados bajo la denominación de individualización científica.

En la decisión sobre la clasificación inicial del interno no hay ninguna referencia a su actitud frente al delito o la víctima, sin embargo en los criterios de revisión de grado si se suele tener en cuenta la asunción del delito como un factor positivo de progresión, lo que

se puede facilitar con programas de mediación y conciliación.

La posibilidad de acceder al régimen abierto o semi-libertad en la legislación española está sometida a dos requisitos en los que puede tener una gran relevancia la justicia restaurativa: el primero de ellos es el cumplimiento del periodo de seguridad o cumplimiento de la mitad de la condena en las penas de más de cinco años de prisión que puede ser evitado siempre que se formule por el Juez de Vigilancia un pronóstico favorable de reinserción social, y el segundo es el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito como prueba de buena conducta de progresión en el tratamiento penitenciario.

En cuanto al *periodo de seguridad*, en las penas de prisión de más de cinco años, el Juez o Tribunal sentenciador puede ordenar el cumplimiento de la mitad de la condena para poder acceder al régimen abierto (art. 36.2 CP), siendo obligatorio para los internos condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y prostitución y corrupción en menores de trece años.

Sólo en el primer supuesto, el Juez de Vigilancia podrá excluir su cumplimiento y por tanto, conceder el tercer grado sin necesidad de ningún mínimo de condena cumplida, si lo solicita la Junta de Tratamiento y después de dar audiencia a las partes, de manera que si la víctima se ha personado como acusación particular será oída antes de que su agresor salga en tercer grado si no ha cumplido al menos la mitad de la condena en penas de más de cinco años.

Para solicitar al Juez de Vigilancia que permita la mencionada excepción la Junta de Tratamiento valorará las circunstancias personales del interno como:

- Asunción del delito
- Actitud de respeto a la víctima: compromiso de arrepentimiento, asunción o reparación del daño.
- Conducta seguida en libertad si ha mediado tiempo entre la comisión del delito y su entrada en la prisión.
- Participación en los programas específicos de tratamiento relacionados con la actividad delictiva.

Todos estos criterios, recogidos en la Instrucción 7/2010 DGIP, parecen estar pensando en delitos muy específicos como libertad sexual y violencia doméstica en los que la investigación criminológica ha incorporado programas específicos para valorar la relación con

47 MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *op. cit.* p. 9.

la víctima o la asunción del delito, pero en otros delitos mayoritarios como el robo con violencia o el tráfico de drogas, donde deberían también desarrollarse tales premisas, los programas de intervención son escasos, por ello deben aprovecharse en los mismos las posibilidades de mediación.

En relación al *pago de la responsabilidad civil*, desde la reforma del Código Penal operada por la ley 7/2003 de 30 de junio, la reparación o mediación alcanzada después de la sentencia o durante la ejecución de la misma ha cobrado mucha importancia al incorporarse el pago de la responsabilidad civil como requisito para alcanzar el régimen abierto y la libertad condicional. Esta exigencia ha sido una auténtica novedad en el ámbito penitenciario donde legalmente no se tenía en cuenta el pago de las responsabilidades civiles en la concesión de mejoras penitenciarias, lo que supone haber introducido la protección de los intereses de la víctima en este campo de la ejecución penal. (art. 72.5 LOGP).

La introducción de este requisito fue algo polémica en sus inicios porque en función de su interpretación, se podía orientar hacia la resocialización de las penas privativas de libertad exigida en el art. 25.2 Constitución o bien hacia un carácter más retributivo y civilista de compensación a las víctimas, por ello si lo que prima es el pago efectivo, sin valorar siquiera las posibilidades de reparación, estaremos ante un requisito meramente compensatorio, sin embargo si se valora el esfuerzo del interno en reparar los daños causados se estará valorando un indicativo de reinserción social.

Para valorar la satisfacción de la responsabilidad se da un listado variado de conductas como:

- Conducta efectivamente observada para restituir, reparar o indemnizar.
- Condiciones personales y patrimoniales del culpable para valorar su capacidad real presente y futura para hacer frente al pago.
- Garantías de satisfacción futura.
- Estimación del enriquecimiento derivado del delito y daño o entorpecimiento producido al servicio público, naturaleza de los daños y perjuicios causados, número de perjudicados y su condición.

Pese a la amplitud con la que el art. 72.5 LOGP considera la satisfacción de la responsabilidad civil, la Instrucción 9/2003 de la DGIP lo entendió inicialmente de

forma absoluta estableciendo como criterios uno objetivo representado por el pago efectivo o declaración de insolvencia judicial y otros valorativos, estimatorios de la voluntad y capacidad de pago del sujeto, con la particularidad de que en el listado de delitos en los que se señalaba que se aplicaría singularmente⁴⁸ se exigía en todo caso el pago efectivo o aval suficiente de hacerlo en el futuro, lo que dio lugar a una aplicación práctica muy restrictiva que negaba la progresión, al margen del auto de insolvencia, apartándose del sentido del precepto dispuesto a valorar el esfuerzo en la reparación.

Posteriormente, sin embargo se le dio una perspectiva de prevención especial victimológica al flexibilizar su interpretación, valorando más el esfuerzo y compromiso de pago futuro de quienes carecen de recursos para afrontar su deuda, pero manifiestan su intención de hacerlo en cuanto disfruten de un trabajo remunerado en tercer grado o en libertad condicional. Además se eliminaron las diferencias de trato entre los distintos delitos, reforzando el sentido del precepto penal dirigido claramente a valorar el esfuerzo en la reparación, el compromiso futuro y no sólo el pago efectivo, y reconociendo como órgano evaluador de estos criterios postdelictivos a la Junta de Tratamiento por su mayor y más específico conocimiento sobre la disposición a reparar del interno. De esta manera el cumplimiento de este requisito con criterios de individualización penitenciaria va a valorar la voluntad de reparación y el esfuerzo dentro de sus posibilidades, por ello si no se paga no se debe regresar automáticamente sino analizar las variables globalmente teniendo en cuenta que el salario mínimo es inembargable, ya que lo importante es que el impago no nazca de la insolidaridad o la falta de consideración a las víctimas, sino de la necesidad, por eso si el resto de factores son favorables no debe haber inconvenientes para permitir la progresión a régimen abierto.

Los inconvenientes más importantes de esta exigencia de responsabilidad civil en la clasificación o progresión a tercer grado son que refleja un sentido reduccionista de la reparación a la víctima enfocado exclusivamente a la responsabilidad civil como pago económico⁴⁹, sin valorar otros aspectos más positivos desde el punto de vista penitenciario como la conciliación o mediación entre agresor y víctima, y que ignora los escasos ingresos que se obtienen con el trabajo pe-

48 Delitos patrimoniales y socioeconómicos que hubieran revestido notoria gravedad y perjudicado a una generalidad de personas por afectar a intereses públicos.

49 TAMARIT SUMALLA, J.M. "La introducción..." cit. p. 9.

nitenciarlo, si lo hay, y las dificultades para encontrar una ocupación laboral en el exterior, por ello la manera de salvar ambas dificultades pasa por potenciar las actividades laborales del interno y estimular su comprensión hacia la víctima en términos no sólo económicos sino también simbólicos.

Por ello la incorporación de la reparación a la ejecución penitenciaria puede despertar nuevas expectativas si contribuye a estimular en el agresor la responsabilidad por el hecho cometido, siempre que se plantee en términos de esfuerzo en reparar atendiendo a las condiciones personales y patrimoniales del culpable. Esta concepción de la reparación abandona una concepción meramente civil de pago de una deuda por el daño causado, para desplazarse hacia una concepción preventiva en la que lo importante pasa a ser, no sólo la efectiva compensación, sino el esfuerzo del responsable en aproximarse a la situación de la víctima, y con ello contribuir a la pacificación social y a abrir el camino a un contenido específico del tratamiento penitenciario dirigido a cualquier tipo de delito en el que se pueda reparar el daño causado a la víctima.

Este significado de la responsabilidad civil también tiene de positivo su función como señal para valorar la conducta personal orientada a la reinserción y no sólo la conducta penitenciaria como sumisión a las normas disciplinarias, que valora los intereses de la víctima y que pretende evitar los reiterados incumplimientos de responsabilidad civil; sin embargo los inconvenientes son el riesgo de quedar en un plano sólo reparador y no tratamental por la perversión que puede causar en la progresión clasificatoria, ya que será inevitable que quien tanga medios económicos y haga frente a la reparación esté en mejor disposición de ser clasificado a tercer grado que quien carezca de medios económicos, salvo que se valore el esfuerzo en reparar.

Por ello el tratamiento dirigido a conseguir del sujeto la asunción de responsabilidad, el respeto a los bienes y derechos ajenos y la voluntad de reparar el daño causado no puede basarse sólo en el trabajo con las ciencias de la conducta, sino que requiere también de la puesta a disposición de los medios para que el interno pueda reparar el daño causado, ya que los medios económicos de la mayoría de los internos son muy limitados y muchas veces supeditados a la existencia de un puesto de trabajo, ya que como señalan algunos pronunciamientos judiciales quienes son insolventes fuera de la prisión no es fácil que ganen la solvencia en prisión. Esto implica un esfuerzo institucional en ampliar la oferta de puestos de trabajo remunerados a los internos de los centros penitenciarios para que reciban un salario

con el que puedan hacer frente a sus responsabilidades civiles, ya que a veces se produce un círculo vicioso consistente en que el condenado no progresa porque no paga a las víctimas y éstas no son resarcidas porque el penado no progresa, para ello con el fin de preparar al interno para esta reparación a la víctima la Instrucción DGIP 9/2007 sugiere que se asesore al interno a cumplir la responsabilidad civil con antelación suficiente y no solo para pasar a tercer grado. Finalmente, en relación a la reparación moral es indispensable la planificación de programas de tratamiento que estimulen el dialogo y la conciliación, lo que puede resultar muy adecuado en los módulos de educación y respeto donde las pautas de convivencia y responsabilidad son el eje de la ejecución penitenciaria.

B) Libertad condicional:

Dos son los aspectos de la libertad condicional que pueden tener importancia en programas de mediación, la necesidad del pago de la responsabilidad civil y la posibilidad de adelantar su concesión.

Desde 2003 se le ha dado al requisito de pronóstico favorable de reinserción social un contenido predeterminado por la ley bastante controvertido, ya que no se entenderá cumplido si el penado no ha satisfecho la responsabilidad civil en los términos del art. 72 de la LOGP, estableciendo que el informe sobre el pronóstico de reinserción social se emitirá por la propia Administración penitenciaria a través del informe final previsto en el art. 67 LOGP que debe recoger los resultados del tratamiento y la probabilidad de comportamiento futuro.

Además, la libertad condicional se puede conceder de manera adelantada cuando se hayan cumplido dos tercios de la condena, y a ello hay que añadir, cuando ya se haya cumplido la mitad de la condena, según establece el art. 91.2 del Código Penal, un nuevo adelantamiento acumulable al otro, de hasta noventa días por año efectivo de cumplimiento de condena siempre que el interno haya realizado continuamente tareas laborales culturales u ocupacionales y se acredite su participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o de tratamiento o desintoxicación.

Este beneficio lo ha de proponer Instituciones Penitenciarias con informe del Ministerio Fiscal y demás partes, lo que incomprensiblemente deja fuera la petición por el propio condenado, y nunca se podrán aplicar a los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o cometido en el seno de organizaciones o grupos criminales, lo que puede

resultar discriminatorio, en la medida en que el resto de variables puedan ser favorables a la reinserción.

La importancia de esta figura es que por primera vez se refiere expresamente a programas de reparación en sede penitenciaria lo que ratifica la necesidad de valorar el acercamiento entre víctima y agresor ya condenado, incluso dentro del seno de la prisión.

C) Terrorismo y organizaciones criminales.

Un supuesto específico de reparación en sede penitenciaria tanto para el tercer grado como para la libertad condicional se da en los *delitos de terrorismo (secc. 2ª, cap V, título XXII del CP) o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales*, donde además de los requisitos anteriores, se exige:

1) mostrar signos inequívocos de abandono de fines y medios de actividad terrorista y además

2) colaboración activa con las autoridades para: impedir la producción de otros delitos por parte de organización o grupo terrorista, atenuar los efectos de su delito, identificar, capturar y procesar a los responsables de delitos terroristas, obtener pruebas e impedir la actuación o desarrollo de la organización o asociación a las que hayan pertenecido o con las que hayan colaborado.

Los apartados 1) y 2) son acumulativos, los distintos contenidos de la colaboración no lo son por lo tanto con la presencia de uno de ellos es suficiente para estar completo el requisito.

Esto se podrá acreditar con una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, y por los informes técnicos que demuestren que el interno se ha desvinculado del entorno terrorista.

Son muchos los inconvenientes que se han denunciado sobre la regulación de esta figura:

- son los únicos delitos que contemplan la regulación del perdón o disculpa a la víctima, lo que puede suponer un trato discriminatorio respecto a otras víctimas de delitos⁵⁰.
- recoge un enfoque de disculpa moralista de arrepentimiento interno, más que una reparación en términos jurídicos.
- esta colaboración y abandono de la violencia hasta ahora disfrutaba de un régimen penológico privilegiado, y ahora ha pasado a endurecer las condiciones de la clasificación penitenciaria

– la colaboración activa con las autoridades puede ser un privilegio para los dirigentes que manejan información, y que sea eficaz puede hacer dudar del nivel de desvinculación con la banda terrorista.

Esta especie de reparación moral a través del perdón y de la disminución de los efectos del delito por medio de la colaboración con la Justicia requiere una actitud personal de cambio en los planteamientos delictivos del agresor, lo que difícilmente se podrá llevar a cabo, si como ocurre en la mayoría de los casos, los condenados por terrorismo cumplen la totalidad de su condena en primer grado con ausencia de permisos de salida, de actividades de tratamiento y en definitiva de una mínima orientación resocializadora. Por ello una primera medida que puede facilitar el cumplimiento de este requisito con garantías de certeza es la reducción y limitación del primer grado sin generalizarlo en este tipo de delitos, y la incorporación en los programas de tratamiento de vías de mediación que faciliten el complicado y casi imposible acercamiento a las víctimas, si no se cuenta con el debido asesoramiento a ambas partes.

En términos de mediación el mayor inconveniente que tiene esta nueva previsión legal, es que su relación con la obtención de beneficios penitenciarios en delitos tan gravemente castigados como el terrorismo, puede alejarlos de la necesaria voluntariedad y acercarlos más al interés estrictamente penológico, lo que unido a la condición de ser necesariamente aceptados por la otra parte también puede dificultarlos, por ello es preferible la valoración del esfuerzo y progresión del interno en la asunción y reconocimiento de los hechos estimada por los profesionales que valoran la evolución del interno.

La concesión de la libertad condicional puede ir acompañada también del cumplimiento de reglas de conducta reguladas en el art. 83 del Código Penal entre las cuales hay varias con contenido victimológico, por ejemplo no acercarse a la víctima, no acudir a los lugares donde pueda estar la víctima, participar en programas formativos, laborales, de educación vial o sexual. Su no observancia así como la comisión de delitos durante el periodo de libertad condicional supone su revocación e ingreso en la cárcel para terminar de cumplir la condena.

Esta utilización de la mediación en el ámbito penitenciario no sólo no es incompatible con los fines

⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M. añade que tal previsión infringe el principio de deontología victimológica de no establecer tratamientos diferentes entre las distintas clases de víctimas, "La introducción..." cit. p. 4.

punitivos de la prisión, sino que por el contrario sirve mejor a los objetivos constitucionalmente marcados como son la reeducación y reinserción social en la medida en que la verdadera reinserción es la asunción del delito, el reconocimiento del daño y el compromiso de no volver a cometer delitos. Para ello el escenario más apropiado sería el de programas diseñados por los centros penitenciarios, pero ejecutados con la colaboración de mediadores externos a la institución, incluso llevando a cabo primero los encuentros de manera separada entre las partes y, sólo en caso de alcanzar un nivel adecuado de progreso, pasar al encuentro conjunto.

Como valoración global de la necesidad de hacer frente a la responsabilidad civil para acceder al tercer grado y a la libertad condicional se puede entender que una reparación voluntaria resultante de una labor de mediación puede ser una prueba efectiva y concreta de evolución positiva, del esfuerzo en reparar el daño producido y por tanto de la reafirmación del valor de las normas y del interés de reinsertarse de nuevo en la sociedad. La posibilidad de desempeñar un puesto de trabajo dentro de la prisión resulta un requisito sumamente positivo por las facilidades que puede presentar para hacer frente a las responsabilidades civiles, en este sentido el art 33.1.d) LOGP establece que la Administración cuidará que los internos contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y *al cumplimiento de sus restantes obligaciones...* lo que parece referirse al cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas del delito y expresadas en la condena.

En todos estos supuestos no se debería pensar exclusivamente en un tipo de mediación de contenido económico, sino fomentar también otros contenidos como la actitud de respeto o empatía frente a la víctima, lo que es más propio del tratamiento penitenciario, en este sentido los programas cognitivos que fomentan las habilidades sociales pueden lograr buenos resultados, entre los que se pueden citar los programas específicos de control de la ira, delincuentes sexuales o maltratadores.

En los programas de mediación uno de los mayores problemas es conseguir la voluntariedad de las partes ya que al inicio son lógicamente posturas enfrentadas, sin embargo la tarea de los mediadores precisamente se dirige a conseguir el acercamiento y la sensibilización con los intereses mutuos, siendo en esta empresa fundamental que se garantice la neutralidad del mediador y la confidencialidad de los acuerdos, por ello los principales retos son la creación de figuras de mediadores

ajenos a los órganos institucionales, conseguir que las dos partes superen sus diferencias y acudan voluntariamente a la mediación y que el contenido de los acuerdos sea confidencial y sólo se transmita a las instituciones lo que sea de utilidad para el acercamiento de las partes, obviando cualquier información cuando no se llegue a un acuerdo. Las ventajas van a ser evidentes ya que aumenta las posibilidades de alcanzar la asunción del delito, la empatía con la víctima y la voluntariedad del resarcimiento, objetivos viables dentro de un contexto de tratamiento penitenciario.

Otra de las razones para apoyar la creación de programas de mediación es que la intervención de la víctima sin la debida preparación por profesionales sólo puede conducir a potenciar el sentimiento vindicativo y la revictimización, por ello sólo con la intermediación a través de profesionales se pueden acercar las posiciones de agresor y víctima con una visión constructiva restaurativa.

6. Conclusiones

Desde un enfoque dirigido a facilitar la reinserción social del responsable de un hecho delictivo y la protección de los derechos de la víctima del mismo, la mediación penal no debe identificarse con la responsabilidad civil ni con una reparación sólo material ya que su contenido es mucho más amplio y abarca el dialogo, la comunicación y la superación del conflicto.

La mediación se presenta de esta manera como un excelente medio de reinserción social si sirve para conseguir la asunción del delito y el reconocimiento de los hechos por el infractor, siempre que en su contenido se valore no sólo los resultados obtenidos sino el esfuerzo realizado para obtenerlo. La participación de la víctima en la mediación permite que se protejan mejor sus derechos, entre ellos el de ser oída, ser resarcida y superar el daño sufrido por el hecho delictivo.

La mediación puede ser antes o durante el proceso y durante el cumplimiento de la pena de prisión, sin que ello vulnere los principios y garantías penales ni el carácter público del Derecho Penal, siempre que sirva a los objetivos de tutela y prevención y esté sometida a control judicial.

Si hay voluntariedad y equilibrio cabe la mediación en todo tipo de delitos, ya que lo esencial es que las partes acudan libremente a la misma, por lo tanto serán las circunstancias individuales de las partes y no el tipo de delito o víctima en general el que determine qué delitos pueden ser objeto de mediación.



La mediación durante el cumplimiento de la condena debe ser desarrollada ya que sus objetivos coinciden plenamente con el tratamiento penitenciario y los fines de la ejecución penal.

El legislador debe recoger expresamente la participación en programas de mediación en las atenuantes, en la sustitución, suspensión y ejecución de la pena como una modalidad diferenciada de la responsabilidad civil o de reparación meramente económica.