

Bases para la mediación penal en España

(Bases to penal mediation in Spain)

ETXEBERRIA GURIDI, José F.

Univ. del País Vasco (UPV/EHU). Fac. de Derecho, P^o Manuel de Lardizábal, 2. 20018 Donostia
patxi.etxeberria@ehu.es

La mediación constituye un modelo alternativo de justicia penal apto para superar las insatisfacciones de la justicia tradicional respecto de la pequeña delincuencia repetitiva característica de la sociedad moderna. Urge su regulación considerando el principio de oportunidad y el protagonismo del Fiscal. Los afectados por el conflicto adquieren el protagonismo en la solución del mismo.

Palabras Clave: Mediación penal. ADR. Principio de oportunidad. Ministerio Fiscal. Víctima. Autor. Justicia reparadora. Mediador.

Gizarte modernoan behin eta berriro egiten diren delitu txikien inguruan justizia tradizionalak eragiten duen asegabetasuna gainditzeko bide alternatiboa da bitartekaritza. Behar-beharrezkoa da gai hori lehenbailehen arautzea, aukeraren printzipioa eta fiskalaren protagonismoa aintzat hartuta. Gatazkan murgilduta daudenak protagonista bihurtzen dira hura konpontzeko prozesuan.

Giltza-Hitzak: Zigor arloko bitartekaritza. Gatazkak konpontzeko bide alternatiboak. Aukeraren printzipioa. Ministerio Fiskala. Biktimia. Egilea. Justizia konpontzailea. Bitartekaria.

La médiation constitue un modèle de justice pénal alternatif qui permet de surmonter les manques de la justice traditionnelle par rapport à la petite délinquance régulière, qui est très caractéristique dans la société moderne. Sa réglementation s'avère urgente si nous tenons compte du principe d'opportunité et du rôle notable des magistrats composant le Ministère public. Les personnes touchées par le conflit grandissent en importance au moment de sa résolution.

Mots Clés: Médiation pénale. ADR (modes alternatifs de résolution des conflits). Principe d'opportunité. Ministère public. Victime. Auteur. Justice réparatrice. Conciliateur.

1. LA NECESARIA REGULACIÓN SOBRE LA MEDIACIÓN¹

1.1. Exigencia derivada de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal

En nuestra opinión, resulta de todo punto incuestionable la oportunidad de la incorporación de la mediación penal en el ordenamiento español. La Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal², tiene por objeto la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros en la medida necesaria para “ofrecer a las víctimas de los delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren” [considerando (4)]. Si entre sus disposiciones existe una específica sobre la mediación en el marco del proceso penal, ha de entenderse que en el contexto de los Estados de la UE la mediación merece una valoración positiva como mecanismo de protección de la víctima.

En concreto, dispone el art. 10 de la mencionada Decisión Marco en su apartado primero que “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”. Igualmente, parece que los Estados miembros se comprometen, a tenor de lo dispuesto en su apartado segundo, a reconocer cierta trascendencia a lo acordado entre la víctima y el inculcado con ocasión del proceso de mediación (“velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo”). También se refleja en la Decisión Marco el compromiso por parte de los Estados miembros de poner en vigor las disposiciones normativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en dicha Decisión; plazo que en lo concerniente a la mediación concluía (“a más tardar”) el 22 de marzo de 2006³.

En España se han cumplido parcialmente estos compromisos. Por ahora, sólo las disposiciones relativas a los autores de hechos punibles menores de edad contienen previsiones específicas al respecto. Bajo ciertas condiciones, el art. 19 LO 5/2000 prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente si se produce la conciliación o reparación entre el menor y la víctima. Este mismo precepto explica lo que ha de entenderse por conciliación y reparación (apartado 2º) y que las mismas serán, en caso de que lleguen a buen término, fruto de “las funciones de *mediación* entre el menor y la víctima o perjudicado” que se atribuyen al equipo técnico (apartado 3º)⁴.

1. Este trabajo tiene su origen en el Proyecto de Investigación del MEC “Hacia una cultura de las ADRs: de la mediación al arbitraje”, SEJ2007-64594/JURI.

2. DO L 82, de 22 de marzo de 2001.

3. Los sistemas de mediación y conciliación se mencionan expresamente en la Recomendación R (85) 11, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal; en la Recomendación R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; en la Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre, sobre mediación en materia penal; en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985; en los *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, de la Comisión on *Crime Prevention and Criminal Justice* de las Naciones Unidas de 2002.

4. En el Reglamento de desarrollo de esta LO (RD 1774/2004, de 30 de julio) se detalla el procedimiento a seguir para llevar a cabo las que denomina “soluciones extrajudiciales” (art. 5).

La mediación a que se refieren la LO 5/2000, sobre responsabilidad penal del menor, y el Reglamento que la desarrolla, puede encajar en la definición que de la “mediación en causas penales” se contiene en el art. 1.e) de la Decisión Marco 2001/220/JAI: “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”. Consideramos que por proceso penal en materia de menores ha de entenderse el expediente que incoa el Ministerio Fiscal conforme al art. 16 LO 5/2000 una vez que se hace constar la existencia de un hecho punible y la presunta participación en el mismo de un menor de 18 años. No obstante, el Ministerio Fiscal puede, incluso en estos supuestos, desistir de la incoación del expediente si los hechos cometidos son faltas o delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas. Según el art. 18, no se prevé expresamente que este desistimiento pueda responder a una previa tarea de mediación, sino que dicho precepto se refiere al desistimiento de la incoación “por corrección en el ámbito educativo y familiar”⁵. La persona competente que según la Decisión Marco indicada realizaría las labores de mediación sería el equipo técnico a que se refiere la LO 5/2000⁶. En España, por consiguiente, la mediación se ha incorporado al proceso penal de menores, pero no en consideración a la víctima o perjudicado y a un elevado nivel de protección de los mismos, como propugna la Decisión Marco, sino en consideración al infractor menor de edad.

1.2. Exigencia derivada de la seguridad jurídica y del principio de igualdad

Que en el proceso penal de adultos español no se prevea expresamente el recurso a la mediación penal no ha impedido que en la práctica se hayan llevado a cabo intentos de incorporación de esta técnica. Muchas de estas experiencias y proyectos pilotos han contado con impulso institucional. En ocasiones este impulso procede de instituciones vinculadas al Poder Judicial, como el Consejo General del Poder Judicial, y siempre ha contado con la aquiescencia y apoyo a título personal de jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, así como de miembros del Ministerio Fiscal.

La ausencia de regulación expresa al respecto ha provocado que se hayan aprovechado distintas posibilidades ofrecidas por nuestro ordenamiento para incorporar, muchas veces forzosamente, las ventajas que comportan las técnicas de mediación enmarcadas en lo que se ha venido a denominar justicia restaurativa o reparadora⁷.

De entre los fundamentos normativos aducidos para sustentar la aplicación de las experiencias de mediación, destacan aquellos que toman en consideración la reparación del daño causado. De este modo, el proceso de mediación seguido de la

5. Como puso en evidencia la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, en ocasiones será necesaria la verificación de actividades materiales de comprobación necesarias para resolver sobre la incoación o no del expediente. Para ello, se prevé en dicha Circular la incoación de Diligencias Preliminares no previstas en la LO 5/2000.

6. Conforme al art. 19.3 LO 5/2000 corresponde a dicho equipo técnico realizar “las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado”.

7. Vid. respecto de las ventajas de la justicia reparadora o restauradora CARIO, Robert: *Justice restaurative. Principes et promesses*, 1ª ed. Paris: L'Harmattan, 2005; VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, 1ª ed. Granada: Comares, 1998.

reparación del daño causado puede encauzarse o tener relevancia a través de: 1) la atenuante del art. 21.5^º CP (“haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima”)⁸; 2) la suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años conforme a los arts. 80 y ss. CP (el art. 81.3 CP exige, entre otras condiciones, que “que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles”); 3) la sustitución de penas privativas de libertad del art. 88 CP (para valorar su procedencia se ha de considerar, “en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado”); 4) la libertad condicional del art. 90.1.c) CP (que exige la concurrencia de buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social, que no se entenderá cumplida si el penado “no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito”); 5) la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento conforme al art. 72.5 LOGP (que exige por parte del penado que “haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito”); 6) la concesión del indulto, que, pese a no contemplar expresamente la reparación del daño para dicha concesión, resulta indudable su influencia y, de este modo, puede acordar el Juez o Tribunal sentenciador la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación del indulto (conforme al art. 4.4 CP)⁹.

Las posibilidades que nuestro ordenamiento ofrece para reconocer eficacia jurídica a la reparación del daño subsiguiente a un proceso de mediación, aún en ausencia de regulación expresa de ésta, son variadas. Algunas de estas vías han sido desarrolladas en las múltiples experiencias de mediación penal llevadas a cabo en nuestro país. Con el patrocinio del CGPJ (Servicio de Planificación) y con la participación activa de asociaciones de mediación y, a título personal, de profesionales de la Magistratura, Fiscalía y Abogacía, por ejemplo, comienza a experimentarse a partir del año 2005 la mediación en materia penal en las diferentes fases del proceso: instrucción, enjuiciamiento y ejecución¹⁰.

Sin embargo, a estas experiencias respaldadas institucionalmente les precedieron otras en el tiempo, como las desarrolladas en Valencia durante los años

8. Además de las atenuantes específicas por reparación del daño contenidas en la Parte Especial (en los delitos sobre ordenación del territorio –arts. 319 y ss. CP-; sobre el patrimonio artístico –arts. 321 y ss.-; contra los recursos naturales y el medio ambiente –art. 325 y ss.-; etc.).

9. *Vid.* acerca de la relevancia de la reparación del daño y de los mecanismos jurídicos para concederle eficacia jurídica como consecuencia de la mediación penal: MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: “La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español”. En: *La Ley*, nº 13579, 2009, pp. 5-6; SAN MARTÍN LARRINOA, M.B.: *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (Del presente francés al futuro español)*, 1ª ed. Vitoria: Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, 1997, pp. 250-257; GONZÁLEZ CANO, M.I.: “La mediación penal en España”, en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, (BARONA VILAR, S. coord.), 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 47-53; FREIRE PÉREZ, R.M.: “Reparación y conciliación: el Derecho Penal y los intereses de víctimas e imputados”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 111, 2006, pp. 98-104.

10. Distintas publicaciones se hacen eco de estas experiencias que gozan de respaldo institucional (CGPJ): así el monográfico “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 111, 2006 o el número monográfico “La mediación civil y penal. Un año de experiencia”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 136, 2007. Estas experiencias piloto se desarrollaron en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona, en el Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid, en el Juzgado de lo Penal nº 4 de Madrid, en el Juzgado de Instrucción nº 13 de Sevilla, etc. y en los centros penitenciarios de Madrid III, Málaga, Nanclares, Pamplona, Zuera y Granada.

1991-1996. La naturaleza de los asuntos que se hacen derivar a los servicios de mediación penal varía de año en año. De este modo, apunta VARONA MARTÍNEZ que en 1991 fueron básicamente las infracciones consistentes en amenazas, abandono de familia y apropiaciones indebidas las que se derivaron a la mediación, mientras que en 1994 los asuntos, en su mayoría leves, comprendían principalmente las lesiones (con inclusión de casos relacionados con violencia doméstica). En cuanto a los requisitos mínimos que se fijan en la experiencia valenciana para la derivación de los asuntos a la mediación, destacan que los infractores no fueran reincidentes y que reconocieran previamente los hechos atribuidos¹¹.

Estas primeras experiencias evidencian ya una de las primeras dificultades que plantea la incorporación de esta institución al proceso penal: la concreción de los asuntos penales que se han de derivar a la mediación. GONZÁLEZ CANO apunta que para decidir en qué delitos o faltas se puede mediar, sería necesario atender a criterios relativos a la existencia de víctimas, a la naturaleza y circunstancias de los hechos, a su significación subjetiva para las partes, y a la significación jurídico-penal de la conducta¹². Por ejemplo, si puede definirse la mediación como la búsqueda de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, habría que precisar qué decisión cabe adoptar en el caso de las infracciones sin víctima (delitos contra la salud pública) o cuando la víctima es una persona jurídica. Las mismas dudas surgen cuando entre el autor de los hechos y la víctima o perjudicado existe una desigualdad patente (delitos de atentado, resistencia y desobediencia) o cuando los hechos punibles no han producido un daño material¹³. En este último supuesto se podría recurrir a la denominada reparación simbólica o psicológica (solicitud de excusas y aceptación de éstas)¹⁴.

Otra de las dificultades que afloran de las mencionadas experiencias se centran en la compatibilidad del derecho a la presunción de inocencia y a no auto-incriminarse con el reconocimiento de los hechos por parte del autor de los mismos. La Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, recoge en su Anexo como uno de sus principios generales que las discusiones desarrolladas durante el proceso de mediación son confidenciales y no pueden ser utilizadas posteriormente salvo consentimiento de las partes. También se afirma en la misma, y en relación con el reconocimiento por ambas partes de los principales hechos de la causa, que la participación en la mediación no debe ser utilizada como prueba de la admisión de la culpabilidad en los procedimientos judiciales posteriores. Sin embargo, ¿con qué garantías se cuenta en ausencia de fundamento normativo alguno?

11. *La mediación reparadora...*, cit., pp. 268-270.

12. "La mediación penal en España", cit., p. 44.

13. Problemas a los que hace referencia SÁEZ VALCÁRCCEL, R., "La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia", en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 111, 2006, p.39.

14. Esta solución presenta, sin embargo, serios inconvenientes considerando la deriva de nuestros tribunales, pues, tras ciertas oscilaciones de la jurisprudencia, desde la STS 1006/2006, de 20 de octubre, se rechaza comprender las reparaciones simbólicas o psicológicas en el marco de la atenuante del art. 21.5º CP.

La cuestión apuntada hace referencia a la posibilidad de que el proceso de mediación concluya sin acuerdo, pero ¿qué ocurre en caso contrario?, ¿qué eficacia jurídica procede otorgar al proceso de mediación felizmente concluido? La Recomendación R (99) 19, anteriormente mencionada, proclama en su Anexo que los cumplimientos (liquidaciones) adoptadas en virtud de los acuerdos de mediación deberían tener el mismo estatus que las decisiones judiciales y debería prohibir (precluir) la persecución por los mismos hechos (*ne bis in idem*). Frente a esta exigencia mínima vinculada a la seguridad jurídica, las experiencias desarrolladas en España han contado con frecuencia como único asidero en caso de alcanzar un acuerdo derivado de la mediación con el compromiso previo por parte del Ministerio Fiscal de no ejercitar la acusación (en el caso de las faltas) o de una reducción de la pena solicitada al mínimo legal¹⁵.

Como puede apreciarse, los resquicios que permite nuestro ordenamiento para incorporar, la mayoría de las ocasiones forzosamente, los mecanismos de mediación a nuestro proceso penal son francamente insuficientes. Quienes se ocupan de las tareas de mediación apuntan que, con frecuencia, la libertad de actuación de las partes se encuentra constreñida por la propia dinámica procesal¹⁶. Con frecuencia se impone actuar al margen de lo dispuesto legalmente, cuando no claramente en contra¹⁷ y siempre condicionado al voluntarismo de quienes en su actuar profesional estiman que la mediación penal tiene muchas y buenas cosas que aportar¹⁸.

Las consecuencias de la situación descrita inciden en dos aspectos trascendentales de nuestro ordenamiento. Por un lado, la necesaria seguridad jurídica proclamada en nuestra Constitución (art. 9.3) exige que se precisen legalmente en qué supuestos y bajo qué condiciones se derivarán los asuntos penales a los servicios de mediación. Por otro lado, el hecho de que se vayan expandiendo sin la debida uniformidad geográfica experiencias de mediación y, además, de forma heterogénea redundan negativamente en la necesaria igualdad entre los ciudadanos. En efecto, no todos pueden beneficiarse de las posibilidades que ofrece la mediación penal, ni en las mismas condiciones.

Algo similar aconteció en Francia con anterioridad a la incorporación de la mediación penal al ordenamiento procesal conforme a la Ley nº 93-2, de 4 de enero de

15. VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora...*, cit., pp. 268-270; GONZÁLEZ CANO, M.I., "La mediación penal en España", cit., p.33. Todo ello condicionado, además, a que ninguna otra parte decida constituirse en acusación o a que la reparación material esté concluida para el acto del juicio oral en el caso de las faltas o a la formulación del escrito de conclusiones provisionales de la acusación, *vid.* BENITO OSÉS, M.P./SANTOS IROIZ, E.: "Programa de mediación penal y reparación del daño en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona", en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 111, 2006, pp. 187-188.

16. Por ejemplo, en la mayoría de las mediaciones no puede eludirse una sentencia condenatoria al acusado y la cuantía de la reparación (indemnización) la fija el Fiscal, *vid.* PASCUAL RODRÍGUEZ, E.: "La mediación en el Derecho Penal de adultos en la fase de enjuiciamiento; un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales", en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 111, 2006, p. 122.

17. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. afirma que las llamadas experiencias piloto de estos últimos años contradicen la legislación vigente, ya que nuestro Derecho procesal penal se rige por los principios de legalidad y oficialidad, "La mediación, la reparación...", cit., p. 7.

18. Apunta VARONA MARTÍNEZ, G. que en los Juzgados de Paz suelen aplicarse espontáneamente, aunque dependiendo de su titular y ubicación geográfica y social, técnicas de mediación tendentes a facilitar la convivencia en la comunidad y pacificar las relaciones, *La mediación reparadora...*, cit., p. 275.

1993. El único fundamento con que se contaba para la incorporación de la mediación penal era el principio de oportunidad. Consecuentemente, las primeras manifestaciones de regulación alternativa de conflictos surgen desordenadamente y sin una gran uniformidad¹⁹. Algunas de estas experiencias podrían enmarcarse en la denominada mediación social o comunitaria (*Boutique de Droit*), en otras ocasiones dentro de lo que cabría denominar “mediación penal retenida”, pues eran practicadas por la propia Fiscalía o por los órganos judiciales (*Maison de Justice et de Droit*) y en otras en el marco de la “mediación penal delegada”, pues su práctica se delegaba en asociaciones de auxilio a las víctimas o de control judicial socio-educativo. En todo caso, la deseada intervención del legislador contribuyó a subsanar las carencias de dichas experiencias desde la perspectiva del principio de legalidad y de igualdad de trato²⁰.

Las demandas de un imprescindible desarrollo normativo, tanto del proceso de mediación como de sus consecuencias jurídicas, tampoco se han hecho esperar en España²¹. Se daría así, también, cumplimiento a lo dispuesto en la Recomendación R (99) 19 cuando se aconseja que “deberían establecerse las líneas directrices que definirían el recurso a la mediación en materia penal. Estas líneas directrices deben fijar las condiciones en las que los asuntos se reenviarán a los servicios de mediación y el tratamiento de los asuntos una vez concluida la mediación”. De este modo se estaría en condiciones de oponerse a quienes afirman que la mediación supone una privatización de la justicia penal o que se elude la intervención del sistema penal, pues correspondería al Estado, como afirma RÍOS MARTÍN la definición y delimitación del marco de la mediación –sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales-²².

2. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

2.1. La vinculación entre mediación y principio de oportunidad

Como se ha advertido en las líneas precedentes, la ausencia de normativa sobre la materia ha provocado que el reconocimiento de eficacia al acuerdo reparador resultante de un procedimiento de mediación se haya realizado por vías a menudo forzadas y, en ocasiones, al margen de lo dispuesto en la propia ley. Un ejemplo de cuanto indicamos lo constituiría el compromiso del Ministerio Fiscal de no presentar acusación en los juicios de faltas si se hubiera alcanzado el acuerdo reparador tras la mediación. Este tipo de soluciones pugna con la mínima seguridad jurídica exigida. La Recomendación R (99) 19 es suficientemente clara al respecto al exigir que el

19. En esclarecedora expresión de JULLION, Daniel, con la regulación legal se pone fin a “9 años de marcha a tientas”, “Médiation pénale et aide aux victimes”, en *La médiation pénale. Entre répression et réparation* (Robert CARIO, director), Paris: L’Harmattan, 1997, p. 162.

20. Como denunciaban LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne: “La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives”, *Revue de science criminelle*, nº 4, 1994, p. 529 o BLANC, Gérard: “La médiation pénale (Commentaire de l’article 6 de la Loi nº 93-2 du 4 janvier 1993 portant la réforme de la procédure pénale)”, *La Semaine Juridique*, nº 18, 1994, p. 212.

21. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: “La mediación, la reparación...”, cit., p. 7; GONZÁLEZ CANO, M.I.: “La mediación penal en España”, cit., p. 32.

22. “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 111, 2006, pp. 151-152.

cumplimiento del acuerdo de reparación ha de evitar la persecución posterior por los mismos hechos.

Estas dificultades se podrían superar sin problemas con el reconocimiento expreso del principio de oportunidad tal como ocurre en otros ordenamientos para el caso de las infracciones penales leves. En Francia, cuando se ponen en marcha las primeras experiencias en mediación en la década de los 80, se suple la ausencia de regulación expresa sobre la materia en virtud del principio de oportunidad por el que ha optado el ordenamiento procesal en la persecución de hechos punibles. Tras una primera y tímida incorporación al ordenamiento procesal²³, los vigentes arts. 40 y 40-1 CPP disponen que recibida una denuncia por el Fiscal (*Procureur de la République*) por un hecho que constituya una infracción cometida por persona cuya identidad y domicilio son conocidos y respecto de la cual no existe disposición legal que impida el ejercicio de la acción penal, aquél decidirá si resulta oportuno (*s'il est opportun*): 1º ejercitar la acción penal; 2º poner en marcha un procedimiento alternativo; 3º archivar el procedimiento si las circunstancias particulares ligadas a la comisión de los hechos lo justifican²⁴. En el ejercicio de este principio de oportunidad, el Fiscal puede optar por poner en marcha alguno de los procedimientos alternativos recogidos en los arts. 41-1 y 41-2 CPP, entre los que se incluye la mediación.

El ordenamiento procesal español no reconoce el principio de oportunidad en la persecución de hechos penales cometidos por adultos. El art. 105 LECr. dispone que los funcionarios del Ministerio Fiscal “tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes”. El art. 100 del mismo cuerpo legal dispone de forma similar que “de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable”. Estos preceptos, entre otros, constituyen el fundamento del principio de legalidad, conforme al cual, el proceso penal se pondrá en marcha ante la sospecha de comisión de un hecho con apariencia delictiva²⁵. El principio de oportunidad no tiene, pues, cabida en el vigente proceso penal español de adultos, es decir, los titulares de la acción penal no están autorizados a dejar de ejercitar dicha acción si persiste la apariencia delictiva²⁶.

Son numerosos los autores que defienden con carácter general la incorporación de este principio de oportunidad en nuestro ordenamiento. Entre los varios fundamentos aducidos para ello suelen traerse a colación el de evitar los efectos

23. Motivada según RASSAT, Michèle-Laure, por el temor de que el reflejo rotundo del principio de oportunidad obligara a los miembros del Ministerio Público a demostrar que el ejercicio de la acción penal en cada caso concreto es procedente o no: *Procédure Pénale*, París: Presses Universitaires de France, 1995, pp. 444-445.

24. Esta última referencia a la justificación por “las circunstancias particulares vinculadas a la comisión de los hechos” es consecuencia de la reforma por la Ley nº 2004-204 y tiene un claro objetivo de restringir los archivos puros motivados por la sobrecarga de los tribunales. *Id.* JEAN, Jean-Paul, *Le système pénal*, París: La Découverte, 2008, p. 68.

25. También constituiría fundamento de este principio el art. 271 LECr.: *vid.* GIMENO SENDRA, V, *Derecho Procesal Penal*, (con MORENO/CORTÉS), 3ª ed., Madrid: Colex, 1999, p. 112.

26. Aunque algún sector doctrinal considere la posibilidad de una interpretación amplia de la expresión “todas las acciones penales que consideren procedentes”: VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora...*, cit., p. 193.

criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, la ausencia de interés en la persecución penal como consecuencia de la escasa lesión social producida mediante la comisión del delito, obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de adaptación, etc²⁷.

La necesidad de incorporar este principio se acentúa si se pretende igualmente que los sistemas de mediación penal adquieran carta de naturaleza en nuestro ordenamiento. GONZÁLEZ CANO entiende al respecto que la mediación hay que incluirla en el ámbito del principio de oportunidad reglada, a regular en la LECr. Dicho principio se articularía como un nuevo motivo de sobreseimiento por razones de oportunidad reglada basada en la mediación. De esta manera, podría acordarse el sobreseimiento por razones de oportunidad cuando, no obstante la existencia de la sospecha o indicios de la comisión de una acción típica, culpable y punible, la ley expresamente autorice, por las causas y para el logro de los fines constitucionales, el sobreseimiento provisional o definitivo de las actuaciones tras la mediación entre víctima y victimario. Este auto de sobreseimiento gozaría de naturaleza provisional y estaría sujeto a la condición suspensiva de cumplimiento por el imputado de las prestaciones que en él se establezcan²⁸. Esta reclamación del principio de oportunidad como fundamento del sobreseimiento acordado, a su vez, como consecuencia de la mediación reparadora, se encuentra muy extendida²⁹. Además, no se haría otra cosa que dejar constancia normativa de algo que ya ocurre en nuestro país, esto es, la renuncia por parte del Ministerio Fiscal al ejercicio de la acusación al margen de la legalidad³⁰.

Esta posición no es, en cambio, unánime, pues estiman algunos autores que no es posible aplicar mecanismos consensuados basados en el principio de oportunidad penal, ya que ello supondría la quiebra absoluta de los principios constitucionales en los que se asienta el sistema procesal penal español. Los monopolios estatal, judicial y procesal en la aplicación del Derecho penal impiden los mecanismos extrajudiciales en dicha aplicación en la medida en que el Derecho penal es indisponible por los particulares³¹. Frente a esta posición se sostiene, por el contrario, que los mecanismos de mediación de naturaleza intraprocesal no serían contrarios a la exclusividad de la jurisdicción en el orden penal, ni al monopolio del *ius puniendi* estatal, ya que se trataría de mecanismos fiscalizados y controlados en cuanto a las garantías de su desarrollo (en particular la presunción de inocencia y los derechos

27. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 111-112. Ello serviría como elemento corrector o flexibilizador del principio de legalidad concediendo un ámbito de discrecionalidad sobre el ejercicio de la acción penal y constituye uno de los mecanismos empleados ante las consecuencias generadas por la criminalidad de bagatela, en concreto la sobrecarga generalizada de los tribunales: SAN MARTÍN LARRINOVA, M.B., *La mediación como respuesta...*, cit., ps. 242-243.

28. "La mediación penal en España", cit., pp. 48-49.

29. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La mediación, la reparación...", cit., p. 7; SÁEZ VALCÁRCEL, R., "La mediación reparadora...", cit., p. 43; RÍOS MARTÍN, J./OLAVARIA IGLESIA, T., "Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia", en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 136, 2007, pp. 266-267.

30. SAN MARTÍN LARRINOVA, M.B., *La mediación como respuesta...*, cit., p. 247

31. MONTERO AROCA, J., *Los principios del proceso penal*, 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, pp. 15 y ss.

procesales de las víctimas) y en cuanto a sus efectos penales y procesales por los órganos jurisdiccionales. No se trata de formas de autotutela ajenas al monopolio estatal, judicial y procesal, sino ante una forma autocompositiva intraprocesal que desembocará en una resolución judicial motivada como es el auto de sobreseimiento por razones de oportunidad reglada o, en su caso, la sentencia³².

2.2. El reflejo del principio de oportunidad en el proceso penal de menores

Se ha proclamado que la incorporación del principio de oportunidad permitiendo que el legitimado para el ejercicio de la acción penal resuelva no hacerlo porque se ha producido una reparación del daño en el marco de un proceso de mediación, se materialice de modo similar a como ocurre en el proceso penal español de menores³³. En efecto, se ha señalado que el principio de oportunidad, además de una excepción a la concepción tradicional del proceso penal, constituye uno de los pilares en los que se sustenta la actuación penal respecto del menor³⁴. Dicho principio de oportunidad tiene varias manifestaciones en la actual LO 5/2000 y algunas de ellas están relacionadas con una actividad conciliadora o reparadora.

Conforme al art. 18 LO 5/2000 el Ministerio Fiscal puede desistir bajo determinadas condiciones de la incoación del expediente. Además de que se haya producido la oportuna corrección en el ámbito educativo y familiar, dicho precepto subordina la no incoación del expediente a que los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, y a que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza. La vinculación entre el principio de oportunidad y los mecanismos de mediación se encuentra en el art. 19 LO 5/2000. Ya hemos transcrito parcialmente dicho precepto. Añadimos ahora que las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado corresponden al equipo técnico –art. 19.3 y que las condiciones objetivas son similares a las del precepto anterior que facultan a la no incoación del expediente (ausencia de violencia o intimidación graves, etc.) –art. 19.1-. Se concreta igualmente en dicho precepto lo que ha de entenderse por conciliación, es decir, el reconocimiento por el menor del daño causado y la solicitud de disculpas a la víctima y aceptación por ésta; y por reparación, a saber, el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad –art. 19.2-.

La concreción del principio de oportunidad como consecuencia de la satisfactoria realización de los resultados de la mediación (producida la conciliación, cumplidos los compromisos de reparación) tiene lugar, conforme al art. 19.4, mediante la solicitud de sobreseimiento y archivo de las actuaciones al Juez de Menores, previa conclusión de la

32. GONZÁLEZ CANO, M.I., “La mediación penal en España”, cit., p. 29.

33. Con referencia a la Ley 4/92, reguladora de la competencia y de procedimiento de los Juzgados de menores, vigente en ese momento: SAN MARTÍN LARRINOVA, M.B. *La mediación como respuesta...*, cit., pp. 245-246. Más recientemente, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. defendía que el pleno desarrollo de la mediación reparadora o conciliadora en el Derecho Penal de adultos pasa por una reforma legal que siga en líneas generales el ejemplo de la LO 5/2000, “La mediación, la reparación...”, cit., p. 7.

34. Así proclama ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R. aduciendo el fundamento de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y el antecedente del art. 15.1.1.ª de la Ley 4/1992, de 5 de junio, que recogía un principio de oportunidad mucho más discrecional a favor del Fiscal, *Derecho Penal de Menores*, 3ª ed. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 90-91.

fase de instrucción. Se ha puesto de manifiesto que esta importante manifestación de la solución mediadora o reparadora del conflicto, concede a la víctima el protagonismo que le corresponde y contribuye a resarcirla del olvido a que se ha visto sometida³⁵.

No es la fase de instrucción la única en la que puede concretarse la función mediadora. El art. 51 LO 5/2000 prevé igualmente que la conciliación del menor con la víctima, “en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta”. Este precepto es de suma importancia, pues permite no sólo extender la posibilidad de mediación y posterior conciliación a otras fases del proceso de menores distinta a la de instrucción, sino también permite, en nuestra opinión, extender la posibilidad de mediación a otras infracciones no necesariamente leves.

Si nos atenemos a los presupuestos objetivos exigidos por el art. 19 LO 5/2000 para que el Fiscal desista de la continuación del expediente y solicite del Juez de Menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones como consecuencia de la mediación, resulta que esta solución está limitada a la ausencia de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos y a que éstos constituyan delito menos grave o falta³⁶. Esto significa que se excluye la posibilidad de sobreseimiento por mediación cuando los delitos tengan mayor gravedad que la indicada. Sin embargo, en nuestra opinión el art. 51 permite extender la posibilidad de mediación a hechos más graves, pues la decisión del Juez de dejar sin efecto la medida impuesta ha de fundamentarse no sólo en el acto de la conciliación³⁷, sino también en “el tiempo de duración de la medida ya cumplido” de manera que expresen suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

3. LA FASE PROCESAL PROCEDENTE PARA LA MEDIACIÓN

Lo dicho en el apartado anterior sobre la incorporación del principio de oportunidad al proceso penal de adultos partiendo del valioso modelo que nos ofrece la legislación penal sobre menores, nos sirve de excusa para analizar la cuestión relativa a la fase del proceso en que procede articular los mecanismos de mediación. Las experiencias piloto desarrolladas en España han considerado el recurso a la mediación penal en distintas fases del proceso salvo en la fase en la que resulta característica, es decir, en la de instrucción como consecuencia de las carencias normativas (en concreto la vigencia del principio de legalidad).

Curiosamente, la Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, dispone que en los Estados miembros, el uso de la mediación como mecanismo flexible de solución de conflictos se configura como “complemento o alternativa” al procedimiento

35. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal de Menores*, cit., pp. 277 y 279.

36. Esta última referencia es consecuencia de una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco-PNV, pues en la redacción originaria del Proyecto era suficiente con que la intimidación o violencia no fueran graves.

37. Aunque el precepto en cuestión se refiera exclusivamente a la conciliación del menor con la víctima, el art. 15 del Reglamento (RD 1774/2004) se refiere, además de a la voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, a la voluntad de repararles el daño causado.

penal tradicional y añade que “la mediación debería ser posible en todas las fases del procedimiento penal”.

La solución más frecuente consiste en ubicarla al comienzo del proceso, en la fase de instrucción, para que en caso de que resulte exitosa evite la continuación del proceso mediante una temprana solicitud de sobreseimiento. En el ordenamiento procesal francés, la decisión de remitir el asunto al proceso de mediación es previa a la decisión sobre el ejercicio de la acción pública (art. 41-1 CPP). El desarrollo del proceso de mediación no extingue la acción penal, es más, el inicio de este procedimiento o de otros alternativos “suspende la prescripción de la acción pública” de modo que si fracasa el proceso de mediación como consecuencia del comportamiento del autor de los hechos, la Fiscalía puede incoar la persecución penal de los mismos (art. 41-1 CPP). En el proceso penal francés la decisión de ejercicio de la acción penal excluye, por consiguiente, el recurso a la mediación penal³⁸. Esta no es la solución para el proceso penal de menores, pues en Francia cabe la medida de reparación tanto con anterioridad al ejercicio de la acción penal, por la Fiscalía, como por el Juez de Instrucción o por la jurisdicción encargada del enjuiciamiento³⁹. Teniendo en cuenta las potencialidades restauradoras de la mediación penal, se aboga igualmente por extender esta posibilidad a las fases posteriores del proceso⁴⁰.

Son numerosas las voces que en España se alzan a favor de no limitar el recurso a la mediación a la fase inicial del proceso. SÁNCHEZ ÁLVAREZ es de la opinión de que la mediación puede tener cabida y desarrollo en las distintas fases del proceso penal, incluida la de ejecución de la sentencia. Cualquiera que sea el momento procesal en el que se desarrolle, la mediación tiene una serie de objetivos y principios rectores comunes, pero, asimismo, surgen cuestiones y problemas peculiares y característicos⁴¹. El no ejercicio de la acción penal o la solicitud de sobreseimiento en el ejercicio de facultades de oportunidad como consecuencia de la mediación penal ha de estar limitada, sin embargo, a las infracciones de menor entidad (delitos menos graves y faltas). Si se quiere extender el procedimiento de mediación a las restantes infracciones penales, con inclusión de las graves, hay que buscar otros mecanismos de reconocimiento de eficacia jurídica a lo acordado en aquella, pero distintas a la no persecución penal de los hechos, bajo riesgo de caer en la privatización de la justicia penal. En tal sentido se ha propuesto que se reconozca su virtualidad como respues-

38. Esta solución es lógica, además, si se quiere evitar la confusión con otras instituciones ya existentes como el *ajournement* o la suspensión de la ejecución de la pena a prueba. Vid. LEBLOIS-HAPPE, J., “La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives”, en *revue de science criminelle*, nº 3, 1994, pp. 527-528.

39. Ordenanza de menores delincuentes, de 2 de febrero de 1945, reformada en la materia (art. 12-1) por la Ley nº 93-2, de 4 de enero de 1993.

40. En concreto, se considera que en la fase de instrucción se puede acordar como condición de una medida de control judicial socio-educativo o en el marco de una medida cautelar de prisión provisional, y que en la fase de enjuiciamiento se puede acordar como medida previa al pronunciamiento de la pena, a la manera de una *probation*: CARIO, Robert, *Justice restaurative...*, cit., pp. 119-120.

41. “Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal en la fase de ejecución. La ejecución penitenciaria”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 136, 2007, p. 230; también RÍOS MARTÍN, J./OLAVARIA IGLESIA, T., “Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 136, 2007, pp. 266-267.

ta penal junto a las penas y a las medidas de seguridad, también como atenuante y como pauta para la sustitución y suspensión de las penas privativas de libertad⁴².

Probablemente sea el de la aplicación en la fase procesal de ejecución el más controvertido. Entienden algunos que resulta procedente, incluso encontrándose la persona cumpliendo condena en centro penitenciario. En cuanto al reconocimiento de eficacia o virtualidad, ésta podría materializarse mediante la clasificación o progresión a tercer grado de tratamiento, la concesión de permisos penitenciarios o la concesión de libertad condicional⁴³. Robert CARIO cuestiona si en este momento procesal la mediación satisface la dimensión restaurativa que le corresponde. Admite que puede resultar claramente beneficiosa para el condenado, pero igualmente que existe un riesgo real de instrumentalizar a la víctima para justificar las claras orientaciones represivas de la pena privativa de libertad, sobre todo en Francia⁴⁴.

Resulta evidente que la mediación penal en la fase de ejecución posee características propias. Si aquélla puede definirse como una solución alternativa de conflictos, en esta fase del proceso el conflicto delictivo ya ha sido resuelto por una sentencia firme que ha posicionado definitivamente a las partes, pero hay quien opina que dicha fase podría constituir un momento idóneo para que ambos, penado y perjudicado, puedan llegar a acuerdos que les beneficien, tanto desde el punto de vista resocializador y/o rehabilitador del primero, como desde el punto de vista de resarcimiento económico y/o moral del segundo⁴⁵.

Como se ha indicado, la posición de las partes es distinta una vez ha recaído sentencia condenatoria firme en la que se ha desvirtuado la presunción de inocencia del penado. La posición de este último es, por consiguiente, más débil. En cuanto a la víctima, la sentencia le ha reconocido oficialmente como tal, y asimismo, en el caso de haber sufrido un perjuicio de alguna manera cuantificable, ha fijado a su favor una indemnización en concepto de reparación: la mera expectativa del derecho a ser indemnizado, así como la perspectiva de obtener una condena para el autor del delito se han concretado. Puede pensarse, de este modo, que en esta fase del procedimiento, los perjudicados tendrían un interés menor o nulo en participar en un proceso de mediación, pero éste puede resultar beneficioso para ellos toda vez que se les abre la posibilidad de ser y sentirse efectivamente reparados, no sólo desde un punto de vista económico (acuerdos de pago de indemnizaciones que garanticen su efectividad), sino también moral (explicaciones del penado, disculpas, compromisos...). En todo caso, la mediación puede resultar efectiva cuando resulte procedente la concesión de ciertos beneficios, como la suspensión de la ejecución (arts. 80 a 86 y 87 CP) o la sustitución de las penas privativas de libertad (art. 88 CP) y siempre que se desarrolle con carácter previo a la concesión de estos beneficios; pues concedidos los mismos y firmes las resoluciones en los que se adoptan, el interés jurídico de iniciar un proceso de mediación disminuye hasta prácticamente desaparecer, pues, por un lado, nada nuevo puede ofrecerse al penado que participa en la

42. RÍOS MARTÍN, J./OLAVARIA IGLESIA, T., "Conclusiones del curso...", cit., pp. 266-267.

43. RÍOS MARTÍN, J./OLAVARIA IGLESIA, T. "Conclusiones del curso...", cit., pp. 266-267.

44. "Les victimes et la médiation pénale en France", en *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* (JACCOUD, Mylène dir.), Paris: L'Harmattan, 2003, p. 200.

45. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, B., "Cuestiones relevantes de Derecho...", cit., pp. 233-234.

mediación, y por otro, ninguna compensación puede ofrecérselo al perjudicado (salvo los beneficios morales)⁴⁶.

4. LAS GARANTÍAS DE LA MEDIACIÓN INTRAPROCESAL

La Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, subraya entre sus principios informadores que el procedimiento de mediación debe estar dotado de las garantías procesales fundamentales y en particular han de gozar las partes de la oportunidad de asistencia legal y, en su caso, de un servicio de intérprete o traductor. Recordando esta Recomendación, así como otras en idéntico sentido de la Comisión para la prevención del delito y la justicia penal, de las Naciones Unidas, afirma GONZÁLEZ CANO que, a diferencia del sistema mediador anglosajón, basado en la concepción comunitarista de la justicia restaurativa, en el resto de Europa la mediación se desenvuelve en el seno del proceso penal, con un control externo de la misma por la autoridad judicial o fiscal, y de este modo se alcanza una mayor garantía de los derechos procesales constitucionalmente reconocidos⁴⁷.

El procedimiento de mediación ha de respetar el sistema de garantías establecido para proteger la libertad del imputado. En concreto el reconocimiento de los hechos que lleva implícita la mediación reparadora puede incidir negativamente, debilitándolos, en una serie de derechos y garantías procesales como la presunción de inocencia, la no auto-incriminación y el derecho al silencio, etc. Por este motivo, la Recomendación R (99) 19 añade al respecto que con anterioridad a la aceptación de las partes, éstas han de estar plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso de mediación y de sus consecuencias y que la participación en la misma no debe ser utilizada como una admisión siquiera indirecta de la autoría del hecho o culpabilidad. Los debates que se producen durante el proceso de mediación son confidenciales y no pueden ser utilizados posteriormente si no es con el consentimiento de ambas partes⁴⁸.

46. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, B. "Cuestiones relevantes de Derecho...", cit., pp. 236-239. Da cuenta SILVA FERNÁNDEZ, M.O. que la experiencia piloto llevada a cabo en el Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid ha sido exitosa en la fase de enjuiciamiento, pero no en la fase de ejecución: los problemas se han dado en los supuestos de sustitución o suspensión de la pena impuesta condicionándolos a determinadas normas de conducta a realizar por el condenado en dicha fase (incumplimientos, imposibilidad de contactar con el penado, paradero desconocido,...), "Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de ejecución", en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 136, 2007, pp. 222-223.

47. "La mediación penal en España", cit., p. 27. También HEREDIA PUENTE, M., "Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal", en *La Ley*, nº 7257, 2009, p. 14.

48. Pero ha de tenerse en cuenta, estima SÁEZ VALCÁRCEL, R., que dicha participación podría condicionar o prejuzgar, incluso de manera inconsciente, la futura decisión del caso. Frente a ello, el acta de acuerdos que redacta el mediador puede sortear cualquier intento de aprovechamiento probatorio evitando una descripción del suceso, expresando una realidad en términos genéricos, "La mediación reparadora...", cit., pp. 73-75. Similares precauciones en RÍOS MARTÍN, J.C., "La mediación penal...", cit., pp. 151-152; RÍOS MARTÍN, J./OLAVARIA IGLESIA, T.: "Conclusiones del curso...", cit., pp. 256-260, quienes destacan el papel de garantes que habrán de desempeñar el Fiscal, el Juez, el abogado y el mediador.

Este mismo es el esquema que se ha seguido en Francia. Frente a experiencias que también tuvieron su protagonismo como manifestaciones de la mediación o reparación comunitaria, la vigente mediación penal “interviene en un marco judicial, por mandato judicial y bajo control judicial”⁴⁹. Es el modelo por el que opta igualmente la Recomendación R (99) 19 al aconsejar que la decisión de remitir una causa penal a los servicios de mediación, así como la evaluación de las consecuencias de un procedimiento de mediación, deberían de ser competencia exclusiva de las autoridades judiciales. No cabe duda de que los miembros del Ministerio Fiscal pertenecen a esta última categoría⁵⁰.

5. LA REORDENACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES

Vistos los antecedentes mencionados hasta ahora, podemos concluir que la articulación de los mecanismos de mediación penal en España difícilmente puede materializarse sin proceder, a su vez, a las oportunas reformas relativas a las partes procesales y a la dirección de la fase de instrucción. Si tomamos como referencia el proceso penal español de menores y el desarrollo en el mismo de los mecanismos de mediación, destacan importantes diferencias con respecto a la situación en el proceso penal de adultos. Por una parte, se mantiene en este último la dirección de la fase de instrucción en manos del Juez de Instrucción. En el proceso de menores esta responsabilidad ha pasado ya a manos del Ministerio Fiscal.

Otra diferencia no menos importante entre ambos procesos es el de la legitimación para intervenir como partes acusadoras, cuestión que incide en la posible inclusión del principio de oportunidad. En el proceso penal de adultos los legitimados como acusadores conforman un amplio catálogo. En el proceso penal de menores, de forma similar a lo que ocurre en los ordenamientos de nuestro entorno en el caso de los adultos, el Ministerio Fiscal ostentaba el monopolio de la acción penal hasta que la LO 15/2003 hizo extensiva dicha legitimación a los ofendidos o perjudicados, pero excluyendo en todo caso dicha posibilidad a la acusación popular.

5.1. La instrucción por el Ministerio Fiscal

Una de las cuestiones más controvertidas en la actualidad es la que gira en torno a la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal, tal como ocurre en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno e incluso en el proceso español de menores, o mantener dicha responsabilidad en la vigente figura del Juez de Instrucción. Sí es cierto que con frecuencia suele coincidir que allí donde se aplica el principio de oportunidad suele tener atribuidas el Ministerio Fiscal las funciones de instrucción de la causa y, además, el monopolio en el ejercicio de la acción penal⁵¹. No parece

49. Nota orientadora del Ministerio de Justicia de 1992 previa, pues, a la regulación legal de la materia.

50. En Francia, por ejemplo, pertenecen al cuerpo de magistrados y son reclutados del mismo modo que los magistrados con competencia para juzgar, pudiendo pasar de la carrera Fiscal a la Judicial o viceversa.

51. El principio de oportunidad está íntimamente relacionado con la propuesta de atribución de la instrucción del delito al Ministerio Fiscal: TINOCO PASTRANA, A., “Limitaciones al principio de legalidad en el

que resulte imprescindible que así ocurra para que puedan ponerse en marcha los mecanismos de mediación. HEREDIA PUENTE considera que, de *lege ferenda*, y en vista de la experiencia positiva de la LO 5/2000, si se encomienda la instrucción al Ministerio Fiscal, nada impediría articular la mediación en la fase de instrucción de modo que en los supuestos en que se hubiese llegado a un acuerdo satisfactorio para las partes, el proceso se paralizase sin necesidad de llegar al plenario⁵². Pero insistimos en que no es una cuestión pacífica⁵³.

5.2. La limitación de las acusaciones: en concreto de la acusación popular

En el ordenamiento procesal penal español el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acción penal. Junto a él pueden intervenir acusando, dependiendo de la naturaleza pública o no de la infracción, el acusador popular y el acusador particular. Procede analizar si tal pluralidad de partes en la posición acusadora supone algún tipo de obstáculo en la aplicación práctica de los procesos de mediación.

A modo de antecedente podemos traer a colación la situación existente en la LO 5/2000 en el momento de su aprobación y las modificaciones que se han incorporado posteriormente. En su versión original, el art. 25 llevaba por rúbrica “la participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular” y comenzaba el mismo afirmándose que “en este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares”. Se justificaba en la Exposición de Motivos, y se sigue haciendo pese a las reformas experimentadas, que “no existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, *porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor*”⁵⁴. La LO 15/2003 reforma el art. 25 antes mencionado y tras alterar necesariamente su enunciado (ahora “De la acusación particular”) se dispone que podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o representantes legales. Ninguna mención en cambio a la posibilidad de constituirse en acusación popular, por lo que ha de entenderse vedada.

En el caso de que se quiera incorporar el principio de oportunidad al objeto de facilitar el reconocimiento de eficacia a la mediación, parece probable que habrá que alterar el régimen vigente de legitimación en el ejercicio de la acción penal. Con ocasión del proceso de menores, reconocen POLO RODRÍGUEZ/HUÉLAMO GARCÍA que la exclusión inicial de los acusadores particulares estaba motivada por la finalidad

proceso penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 63, 1997, pp. 720-721. En contra LATORRE LATORRE, V., *Acción popular/acción colectiva*, 1ª ed., Madrid: Civitas, 2000, p. 196.

52. “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos...”, cit., p. 16.

53. En contra, por ejemplo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”, en *La Ley*, nº 6799, 2007, pp. 1-6.

54. En determinados casos de delitos graves se admitía originariamente una amplia intervención al perjudicado, pero en todo caso sin poder constituirse propiamente como parte acusadora, es decir, “sin contaminar el procedimiento propiamente educativo y sancionador del menor”. La Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado calificaba esta intervención del perjudicado como de mero “coadyuvante” y subordinado y supeditado a la intervención del Fiscal, de modo que no puede oponerse a la solicitud de sobreseimiento por éste. *Vid.* igualmente DE URBANO CASTRILLO, E./DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, Elcano (Navarra): Aranzadi, 2001, pp. 248-249.

reformadora y el mayor interés del menor, pero afirman igualmente que “al propio tiempo, la exclusividad en el ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal, cumple una función instrumental para permitir el juego del principio de oportunidad”⁵⁵.

La concesión al ofendido o perjudicado de la posibilidad de constituirse como parte acusadora provocaría interferencias en la aplicación del principio de oportunidad cuando el Ministerio Fiscal pretenda el sobreseimiento de la causa y se oponga a ello el ofendido. En el caso de la mediación, al requerirse la voluntaria participación de la víctima a lo largo de dicho proceso, la solicitud de sobreseimiento motivada en la reparación se entiende que contará con la aquiescencia del ofendido, es decir, de la acusación particular en su caso⁵⁶.

Mayores problemas plantea la existencia de la acusación popular. En este caso no tiene por qué existir coincidencia de intereses entre la víctima y la acusación popular y pudiera ocurrir que el Fiscal solicitare el sobreseimiento por reparación con la conformidad de la víctima y oponerse el acusador popular⁵⁷. La controvertida sentencia del Tribunal Supremo 1045/2007, de 17 de diciembre, que configura la llamada “doctrina Botín”, aunque criticada⁵⁸, serviría para superar los obstáculos que en la mediación penal pudiera ocasionar la intervención del acusador popular. Pero tampoco habría inconveniente en excluir en estos casos la posibilidad de que se pueda constituir acusación popular, pues, pese a su reconocimiento constitucional (art. 125 CE), se trata de un derecho de configuración legal⁵⁹. El argumento de que la acción popular representa un mecanismo de control ante posibles actuaciones no objetivas del Ministerio Fiscal, fruto de desconfianzas y recelos⁶⁰, se debilita en nuestra opinión por la circunstancia de que la solicitud de sobreseimiento del Fiscal fruto de una mediación satisfactoria contaría con el respaldo de la víctima.

55. *La nueva ley penal del menor*, 2ª ed., Madrid: Colex, 2001, pp. 25-26.

56. La decisión Marco 2001/220/JAI dispone en su Considerando (9) que las disposiciones de la misma no obligan a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes en el proceso.

57. VARONA MARTÍNEZ, G., afirma en el marco de la mediación penal que la acción popular dificulta el ejercicio del principio de oportunidad, *La mediación reparadora...*, cit., p. 196.

58. *Vid.* las críticas a la misma de JORGE BARRREIRO, A., “Jurisprudencia de oportunidad: el ocaso de la acción popular”, en *Jueces para la Democracia*, nº 61, 2008, pp. 9-18; ORTEGO PÉREZ, F., “Límites al ejercicio de la acción penal popular (A propósito de la STS de 17 de diciembre de 2007)”, en *Justicia*, nº 3-4, 2008, pp. 385-406.

59. *Vid.* OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular (Pautas para una futura regulación legal)*, 1ª ed., Barcelona: Marcial Pons, 2003, pp. 48-51. También la sentencia del TC 280/2000, de 27 de noviembre.

60. *Vid.* OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular...*, cit., p. 41.