

Conclusiones sobre el Seminario de Mediación penal (Madrid, uno a tres de junio de 2005)

Los participantes en el seminario, analizadas las cuestiones que fueron objeto de exposición y debate, ponen de manifiesto las siguientes conclusiones:

1. La víctima debe asumir un papel protagónico en el proceso penal, siendo acreedora de un tratamiento que le permita reconocerse como un igual moral y que su derecho a la dignidad sea en todo caso respetado. No obstante, la posición de la víctima, el reconocimiento de su centralidad en el proceso, no pasa por trasladarle un papel decisivo o determinante en la ejecución de la sanción penal impuesta, después de un juicio público y justo donde haya podido ser oída y haya tenido oportunidad de defensa de sus derechos. La protección a la víctima no puede equivaler a privatización del proceso sancionatorio.
2. La nueva centralidad de la víctima que se propugna, debe conllevar un esfuerzo por parte de todos los operadores jurídicos para asumir una decidida actitud victimológica. Lo anterior se manifiesta de forma evidente en la necesidad de crear circuitos informativos eficaces, comprensibles, directos y humanamente sensibles que permitan a la

víctima tomar conocimiento de las consecuencias de la apertura del proceso y del papel que va a desempeñar en el mismo.

3. La información constituye, pues, una precondition para el desarrollo del modelo y constituye, además, un imperativo categórico derivado de la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, de la Unión Europea, cuya fuerza normativa no puede soslayarse, atendida su condición de fuente de derecho.

4. El derecho a la información de la víctima no puede hacerse de espaldas a sus propios intereses de participación y de conocimiento. La reforma de la LECrim operada por la Ley 38/2003, no recoge, en puridad, las prescripciones de la Decisión Marco, al establecer mandatos generales de información sin tomar en cuenta la expresa voluntad de la víctima a ser informada. La manifestación expresa de una persona competente a no o ser informada del curso del proceso debe ser respetada y solo puede ceder cuando la comunicación resulte esencial para la propia prosecución del proceso o cuando, en un juicio concreto de ponderación, el tribunal identifique un alto riesgo personal derivado de la falta de información.

5. El tratamiento victimológico reclama, además, evitar que la víctima sea sometida a actuaciones fútiles o reiterativas, debiendo los órganos judiciales de cuidar la pertinencia y estricta necesidad de los llamamientos al proceso, dando razón en todo caso del porqué, procurando en la medida de lo posible la máxima puntualidad y

ofreciendo disculpas en supuestos de retraso en la práctica de la diligencia.

6. Ahora bien, el derecho de la víctima a no ser innecesariamente importunada no permite flexibilizar de manera inmotivada o general las exigencias probatorias que se derivan del derecho del inculpado al proceso justo, en particular el derecho a interrogar por sí, o por su representante, al testigo de cargo y tampoco posibilita desplazar, en todo caso, la necesidad de producción contradictoria plenaria del testimonio de la víctima.

7. Dicho principio puede y debe modularse, sin embargo, respecto a víctimas especialmente vulnerables, recogiendo en este punto la terminología utilizada por la Decisión Marco, en su artículo 8. En concreto, consideramos la necesidad imperiosa de que por parte del legislador se regule un *estatuto de la víctima menor de edad* en el proceso que busque reducir, a las tasas más imprescindibles, el riesgo, cierto, de victimización secundaria que se deriva del sometimiento del menor de edad al proceso. Mientras tanto, los jueces y los otros operadores jurídicos implicados, deben actuar optimizando al máximo la deficiente regulación actual (artículos 448, 777, 707, 730 LECRim), integrándola con decisiones tanto de la Corte de Estrasburgo (Caso SN contra Suecia, de 2 de julio de 2002) como de Luxemburgo (Caso Pupino, de 16 de junio de 2005) como de nuestro Tribunal Constitucional, de forma más transversal o indirecta (STC 41/2003) que determinan, a las claras, la oportunidad y la

obligación de promover incidentes probatorios previos al acto del juicio oral en los que, en condiciones defensivas adecuadas, pueda abordarse la información del menor de edad sobre los hechos de los que presuntamente ha sido víctima.

8. El grupo de trabajo también reveló la preocupación relativa a que la consideración, en los estadios previos del proceso, del presunto ofendido por el delito como víctima, puede trasladar al inculpado una imagen de falta de imparcialidad del tribunal. Dicho riesgo obliga a cuidar la asignación de los roles procesales y a valorar tanto el lenguaje como las actitudes que se derivan de la presuntiva atribución de los mismos. Al igual que el inculpado no puede ser tratado como culpable antes de sentencia firme, en cuanto ello comprometería su derecho a la presunción de inocencia en su dimensión como regla de tratamiento procesal, los tribunales tampoco pueden atribuir de forma conclusivamente acrítica la condición de víctima, cuando dicha condición es negada por el inculpado, como núcleo de su defensa. Ello, sin embargo, no implica que el presunto ofendido no pueda ostentar los derechos de información y de participación de la víctima que deben reconocerse a toda persona por el simple hecho de aparecer probablemente como tal. El equilibrio y ponderación de los jueces en el *manejo* del conflicto constituyen, por tanto, herramientas decisivas para que cada uno reciba el tratamiento procesal que le corresponde.

9. En este punto, insistimos que el protagonismo de la víctima no reclama una reducción del estatuto garantizador al que tiene derecho el inculpado. Precisamente, los desequilibrios procesales constituyen fuente segura de infracción del derecho a un proceso justo y equitativo. Como apuntábamos, el equilibrio no se obtiene por el simple sacrificio de un interés respecto a otro sino por el reconocimiento de espacios de protección autónomos y compatibles. Como afirma el Tribunal de Luxemburgo en el Caso Pupino, el incidente probatorio por el que con carácter previo se aborde la información del menor no compromete el derecho a la contradicción del testimonio que ostenta el inculpado, sino que simplemente se modaliza, desplazando su espacio operativo del plenario a dicho estadio previo.

10. La mediación penal constituye un instrumento de particular importancia para obtener finalidades reparatorias que el proceso penal no puede alcanzar en su estricto desarrollo institucional.

11. El interés de la víctima a la reparación no siempre puede asociarse o vincularse, de forma exclusiva, al castigo del culpable e incluso a la restitución económica de sus perjuicios. La reparación por el dolor moral sufrido a consecuencia de la conducta ilícita, en ocasiones solo puede verse mitigado o superado, si la víctima puede llegar a conocer las razones del infractor, aunque no sean justificativas de su acción, o recibe de éste una disculpa. Para tales objetivos, resulta imprescindible un espacio *paraprocesal* autónomo, donde se

patentencen finalidades diferentes a las que, por esencia, caracterizan al proceso penal en su regulación actual.

12. Resulta del todo criticable la falta de previsión legislativa sobre la mediación penal como instrumento al servicio de la reparación y de la paz social, desconociéndose las obligaciones de transposición que le incumben a nuestro País y que se derivan de la Decisión Marco 15 de marzo de 2001. La anomia genera espacios de incerteza y, por tanto, graves dificultades operativas cuya superación se hace depender del mayor o menor esfuerzo imaginativo de los jueces y de las partes del proceso. La mediación no puede quedar arrinconada como un instrumento cuya operatividad dependa, exclusivamente, de la mayor sensibilización victimológica de los jueces.

13. En esta línea resulta, al menos, sorprendente que la Ley Integral para la Protección contra la Violencia de Género, prohíba expresamente la mediación penal en las infracciones que contempla, cuando, por un lado, la experiencia comparada nos sirve para afirmar que es en este tipo de conflictos en los que la mediación puede tener un mayor efecto reparador y, en segundo lugar, porque no se puede prohibir lo que no está regulado.

14. En términos operativos, el grupo de trabajo detectó dos momentos procesales que permiten la entrada en juego de la actividad mediadora. Uno, en la fase instructora, con su proyección hipotética en el acto del juicio oral. Otro en la fase de ejecución de sentencia,

por la vía del régimen suspensivo o sustitutivo, e incluso con en el propio régimen penitenciario, sobre todo para la concesión de la libertad condicional o la progresión de grado.

15. En la fase instructora, resulta decisivo que la actividad mediadora no comprometa el derecho a la presunción de inocencia del inculcado. Esto es, el contenido de la actuación y las manifestaciones que en la misma se produzcan no pueden ser incorporadas al proceso, pues se correría un alto riesgo de lesionar de forma indirecta el derecho del inculcado al silencio y a la no autoincriminación. La decidida actuación posibilitadora de la mediación por parte del Juez de Instrucción, debe proyectarse en una toma de distancia en el proceso de mediación que se desarrolle. Son las partes materiales y, en su caso, las partes del proceso, las que deben administrar las consecuencias de la mediación.

16. En supuestos de resultados reparadores derivados del proceso de mediación abierto, la consecuencia efectiva puede hacerse valer mediante la vía de la atenuante del artículo 21.5 CP, de reparación del daño causado.

17. De forma excepcional, también, se contempló, en casos concretos, que fueron objeto de análisis en el grupo de trabajo, que el resultado de la mediación pudiera servir como base o presupuesto de la decisión de crisis de el proceso, en los términos que se contemplan en el artículo 779.1º LECrim. No se pueden ocultarse las dificultades

de dichas decisiones pero ello no comporta ni su imposibilidad ni la racionalidad de la decisión, en el supuesto concreto.

En todo caso, la obtención de consecuencias reparatorias, de la mediación desarrollada en fase instructora, estimula la necesidad de abrir un debate riguroso sobre la posibilidad de introducir en el proceso penal de adultos, soluciones normativas, muy vinculadas al principio de oportunidad, como las que se contemplan en la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los menores.

18. En fase de ejecución, y previo el concierto de las partes y con el consentimiento del condenado, caben posibilidades mediadoras mediante el establecimiento de condiciones suspensivas. Si el nuevo régimen de suspensión de la pena prima el interés reparatorio material de la víctima, como presupuesto de concesión del beneficio, no caben obstáculos insalvables para estimular fórmulas mediadoras con finalidad reparatoria moral, mediante el establecimiento de condiciones suspensivas que contemplen la participación voluntaria del condenado en el programa de mediación concreto que se diseñe.

19. Creemos que a diferencia de otros países, el modelo de mediación reclama fortalecer operadores públicos bajo el control de la administración en cuanto a su selección y formación, con relaciones funcionales con los jueces pero absolutamente independientes en el ejercicio de la actividad. Las partes, sobre todo el inculpado, deben percibir, con claridad, que la mediación no está al servicio del *ius puniendi* del Estado, sino de la superación del conflicto intrapersonal

provocado por el delito, con más o menos explícitas finalidades reparatorias de la persona que ha sufrido de forma directa el perjuicio. El inculpado debe tener la seguridad que el mediador es un agente independiente y que su trabajo está sometido a estrictas condiciones de confidencialidad y de reserva.

20. La actuación mediadora no puede ser impuesta sin el convenio de las partes, sin la voluntad de someterse al mecanismo. Los mediadores deben cuidar que la aproximación entre infractor y víctima se produzca en condiciones tales que no supongan un factor de victimización secundaria o de agudización del conflicto.

21. La mediación tampoco puede convertirse en un instrumento *fiduciario*, en la búsqueda de un trato procesal o punitivo más favorable. Las consecuencias del proceso de mediación deben ser analizadas de forma rigurosa y precisa. No todo intento reparatorio por esa vía puede justificar una consecuencia atenuatoria ni constituir un precursor de decisiones suspensivas automáticas. La actitud de los intervinientes en el proceso de mediación es importante y los técnicos que operan deben dar cuenta a las partes de todos los detalles que se han producido durante su desarrollo.

22. La trascendencia de la materia, como mecanismo de mejora del modelo procesal de intervención penal, y la ineludible obligación del legislativo de afrontar su regulación, reclama que por parte del CGPJ, se realice una apuesta formativa seria. Consideramos conveniente la

creación de un grupo de trabajo que pueda preparar un *documento marco* sobre las necesidades regulativas y las directrices técnicas a las que podría responder.

23. Consideramos conveniente que por parte del CGPJ se solicite expresa información al Ministerio de Justicia, sobre el contenido del informe o documento de trabajo que se presentó por España, en la 26ª Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, a celebrar los días 7 y 8 de abril de 2005, en Helsinki, atendiendo al cuestionario de trabajo presentado por el Ministerio de Justicia de Finlandia, sobre la misión social del sistema de justicia penal, (que incluye numerosas cuestiones sobre justicia restaurativa, mecanismos de mediación y victimología en los respectivos sistemas procesales), y se participe la respuesta a los integrantes del grupo de trabajo.

En Tarragona, a 27 de julio de 2005.

Javier Hernández García, relator del Seminario.