

## LA MEDIACIÓN PENAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD <sup>12</sup>.

### CRIMINAL MEDIATION AND THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY

*Vicente Gimeno Sendra*<sup>3</sup>

**SUMARIO: I. LA MEDIACIÓN PENAL Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. II. PRESUPUESTO Y FUNCIONES DE LA MEDIACIÓN PENAL. III. NATURALEZA DEL OBJETO. IV. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES:** A) Naturaleza de la mediación; B) El principio de oportunidad; C) Presupuesto; D) El mediador; E) Objeto; F) La resolución judicial; G) La reinserción del imputado. **V. EL PRINCIPIO MATERIAL DE OPORTUNIDAD:** 1. Supuestos comunes (Parte General): A) La atenuante de reparación del daño; B) La suspensión ordinaria y la sustitución de la pena privativa de libertad. 2. Supuestos específicos (Parte Especial): A) Fundados en una mejor aplicación del “*ius puniendi*”; B) Protección del erario público; C) Reparación del daño; D) La reinserción del imputado; E) La escasa culpabilidad del investigado; F) La tutela de la víctima. **VI. PROCEDIMIENTO:** 1. Las diligencias policiales de prevención. 2. La fase instructora.

#### **I. LA MEDIACIÓN PENAL Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO.**

---

<sup>1</sup> A mi querido amigo y muy distinguido colega, el Profesor Dr. Daniel GONZÁLEZ ÁLVAREZ, con mis mejores deseos de salud y felicidad.

<sup>2</sup> **ÍNDICE DE SIGLAS:**

C.E. = Constitución Española.

C.G.P.J. = Consejo General del Poder Judicial.

C.P. = Código Penal.

EOMF = Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

L. = Ley

LEC = Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrim = Ley de Enjuiciamiento Criminal.

L.O. = Ley Orgánica.

LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial.

M.F. = Ministerio Fiscal.

R.D. = Real Decreto.

T.S. = Tribunal Supremo.

STS = Sentencia del Tribunal Supremo.

<sup>3</sup> Catedrático de Dº. Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid). Magistrado mérito del Tribunal Constitucional español.

Con independencia de la mención a la mediación que efectúan los arts. 5.1.k y 15 de la L. 4/2015 del estatuto de la víctima del delito, la mediación penal de adultos se encuentra todavía huérfana de regulación normativa, si bien la ausencia de una Ley de mediación no ha impedido, ni impide su aplicación por la mayoría de nuestros Juzgados y tribunales.

En efecto, la existencia de la prohibición de la aplicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a la penal, que contiene su art. 2.2.a, según la cual queda excluido del ámbito de aplicación de dicha Ley “*la mediación penal*” no ha supuesto obstáculo alguno para que dicho método autocompositivo de solución de los conflictos haya acabado imponiéndose en nuestros órganos jurisdiccionales penales de instancia, si bien (todo hay que decirlo), ante la ausencia de previsión normativa, no se rigen por disposición normativa alguna, sino por auténticos **usos judiciales**.

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

En efecto, al igual que en otros países<sup>4</sup>, también en España y con fundamento en determinada legislación europea de protección a la víctima<sup>5</sup>, a partir de la segunda mitad de la década de los años 90 se han instaurado, en determinados Juzgados de Valencia, Cataluña, Madrid, La Rioja, País Vasco, Andalucía, Alicante o Zaragoza<sup>6</sup>, experiencias en mediación penal que se han revelado en la práctica con un nivel de satisfacción incluso superior a la mediación civil.

De este modo, según información facilitada por el C.G.P.J.<sup>7</sup>, de las 104 mediaciones civiles efectuadas en el año 2015 finalizaron con acuerdo 48, lo que origina

---

<sup>4</sup> Tales como Bulgaria, Italia o Francia, Vide.: *Citoyens et Justice, Rapport Final*.

<sup>5</sup> Así, las Recomendaciones del Consejo de Europa R (83) 7, R (85)11, R 87 (18) y R (99)19, sobre mediación en el ámbito penal, la Decisión Marco de la U.E. 2001/220/JAI, de 15 de marzo y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que provocaron la publicación de nuestra Ley 4/2015, de 27 de abril del estatuto de la víctima y su Decreto 119/2015, de 11 de diciembre, citados por ALONSO SALGADO, *La mediación en el proceso penal*, Valencia, 2018, p.p. 80-101. MARTÍN DIZ, *Mediación y Justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal*, en “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”, Valencia, 2015, p.p. 756 y s.s.

<sup>6</sup> Véase una relación de ciudades más exhaustiva en BARONA VILLAR, *Mediación Penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011, p.p., 230-233.

<sup>7</sup> Datos resultantes de la mediación intrajudicial (año 2015).

una “*ratio*” del 46’15% de triunfo de la mediación, mientras que, en la jurisdicción penal, durante ese mismo año, 2015, se realizaron **1.881 mediaciones**, de las que obtuvieron acuerdo 1.491, lo que significa un **79’26%** de éxito de la mediación penal.

No obstante dicho éxito, lo cierto es que, salvedad hecha de algunas Leyes autonómicas que, como es el caso de la Ley valenciana 24/2018, de 5 de diciembre, también permite su aplicación al proceso penal, ante la inexistencia de una Ley específica o de una reforma de nuestra LECrim que prevea su regulación, su régimen jurídico es todavía inexistente, debiéndose acudir, tal y como se ha adelantado, a los **usos forenses**, que de algún modo pretenden ser armonizados por el **Protocolo de la Mediación Penal**, contenido en la “*Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*”, editado por el Consejo General del Poder Judicial<sup>8</sup>.

## II. PRESUPUESTO Y FUNCIONES DE LA MEDIACIÓN PENAL.

La mediación, como todo medio de solución de los conflictos, tiene siempre como presupuesto la existencia de un **conflicto**.

Pero, en el proceso penal, y como consecuencia de nuestro sistema, proveniente del Código Procesal Penal napoleónico, de 1808, en el que, a diferencia del alemán que mantiene separado el ejercicio de la acción civil de la penal, se puede acumular la acción civil al proceso penal, la **regla general es la de la acumulación de la acción civil**, ya que, si el perjudicado no reserva su ejercicio para la interposición del pertinente proceso declarativo civil, se incorporará necesariamente al proceso penal y ello, se constituya o no el perjudicado en parte acusadora, pues, si prefiriera no sufrir las molestias y gastos de un proceso penal, no por su incomparecencia, dejará de plantearse la pretensión civil resarcitoria. La deducirá el MF «ex» arts. 108 y 773.1 LECrim.

En la mediación penal lo que hay que solucionar, pues, no es un conflicto, tal y como acontece con las otras mediaciones (civil, social o contencioso-administrativa), sino dos: el **conflicto social** existente entre el delincuente y el Estado y el **conflicto intersubjetivo** o litigio entre el agresor y su víctima, los cuales originan el nacimiento, tanto de la acción penal, como el de la civil “*ex delicto*” (art. 100 LECrim) y a las que

---

<sup>8</sup><http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>.

hay que dar satisfacción en el proceso con la solución de ambos conflictos mediante la aplicación del Derecho Penal y el Civil de daños.

La existencia de estos dos conflictos, que ocasionan la interposición de **dos pretensiones**, la una **penal y civil** la otra, provoca también el surgimiento del enfrentamiento de dos tipos de derechos constitucionales que subyacen en todo proceso penal: de un lado, los derechos fundamentales **a la libertad, de defensa y a la reinserción** que han de asistir a todo imputado que, por no haber sido condenado, se presume inocente y que se encuentra, en el conflicto social, opuesto al derecho de penar o “*ius puniendi*” del Estado y, de otro, el derecho fundamental a la **tutela judicial** de la víctima.

### III. NATURALEZA DEL OBJETO.

El conflicto en el ejercicio de todos estos derechos constitucionales ocasiona que en el proceso penal haya que distinguir dos clases de mediaciones, a saber: a) la **mediación de la pretensión penal** en la que, al contrario de lo que establece el art. 19 LEC<sup>9</sup>, el acuerdo entre las partes no provocará sin más la finalización del proceso, pues precisa ser aceptada por el Ministerio Fiscal y autorizada por la autoridad judicial, y b) **la mediación de la pretensión civil**, en la que aquí sí rigen plenamente, tanto el art. 19 LEC, como el 1 de la L. 5/2012, estando informada plenamente por la vigencia del principio dispositivo.

Partiendo de esta realidad indiscutible, puede afirmarse que la naturaleza de lo convenido en la mediación es doble: a) en todo lo referente a la mediación civil, nos encontramos ante una **transacción** que, una vez homologada judicialmente, tendrá todo el valor de la cosa juzgada y, b) en cuanto a la mediación penal, estamos ante un **negocio jurídico procesal** («*plea bargaining*») que, una vez aceptado por el M.F. y el órgano judicial, ocasionará la finalización del proceso, bien mediante un auto de archivo o de sobreseimiento, bien a través de una sentencia, sea de conformidad, sea definitiva.

### IV. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES.

---

<sup>9</sup> Art. 19.1 LEC: “*Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*”.

Realizadas todas estas precisiones, estamos ya en condición de definir la mediación penal como un medio mixto de solución de los dos conflictos subyacentes en el proceso penal, informado por el principio de **oportunidad**, al que las partes pueden acudir siempre y cuando el investigado reconozca su participación en el hecho punible y manifieste su voluntad reparadora, mediante el cual un tercero imparcial, el mediador, intentará aproximar al agresor y a su víctima para que, tras la pertinente indemnización de aquél a ésta, se solucione su conflicto intersubjetivo y pueda la defensa y la acusación particular proponer al Ministerio Fiscal una conformidad negociada que finalice con una sentencia en la que, cumpliéndose los fines de prevención de la pena, se pueda obtener también la reinserción del imputado.

Del referido concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

#### **A) Naturaleza de la mediación**

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

#### **B) El principio de oportunidad**

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

Sea suficiente adelantar aquí que la vigencia de dicho principio autoriza al órgano jurisdiccional, en los supuestos expresamente previstos por la Ley, a adoptar las siguientes resoluciones: desde la no incoación del proceso penal (así, la querrela en los delitos privados o la denuncia en los delitos semipúblicos con interés privado) hasta la obtención de un sobreseimiento o de una resolución absolutoria (vgr., si se produjera el

perdón del ofendido en los referidos delitos semipúblicos y en los privados), pasando por la posibilidad de suspender una pena privativa de libertad o transformarla en otra limitativa de derechos o la de obtener una rebaja sustancial de la pena (mediante la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño o de tipos penales que conlleven la aplicación del principio de oportunidad).

### C) Presupuesto

Presupuesto esencial de la conformidad es la **confesión** del imputado<sup>10</sup>. Sin el reconocimiento por parte del investigado o encausado de la existencia de un hecho punible y de su autoría no puede iniciarse el procedimiento de la mediación. Pero dicha confesión ha de ser libremente prestada, sin someterla a género alguno de coacción, pues en el proceso penal rige, con toda su plenitud la presunción de inocencia<sup>11</sup>.

La confesión del imputado conlleva implícitamente su arrepentimiento, lo que, unido a su disposición reparadora podrán posibilitar la aplicación de las **atenuantes muy calificadas** previstas en las circunstancias 4ª y 5ª del art. 21 C.P. y obtener una rebaja en la pena de hasta **dos grados** (art. 66.1.2ª C.P.).

### D) El mediador

Característica esencial de este medio de solución de los conflictos es la intervención del **mediador**, en quien ha de concurrir los requisitos de **profesionalidad, neutralidad e imparcialidad**.

Pero el mediador, a diferencia del árbitro, no soluciona el conflicto, sino que su función, realizada fundamentalmente a través de distintas audiencias, consiste en dialogar con las partes y persuadirlas de que intenten una solución autocompositiva en todo lo referente a la pretensión civil y heterocompositiva en la penal.

### E) Objeto

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

---

<sup>10</sup> También en los U.S.A. Vide PÉREZ CEBADERA, *El principio del consenso en Estados Unidos*, en "Mediación, Justicia y Unión Europea", epígrafe III.

<sup>11</sup> Véase, en lo referente al proceso de menores, GONZÁLEZ NAVARRO, *La mediación penal...*, cit., p. 672.

Esta satisfacción de la víctima permitirá, de un lado, que no comparezca en el proceso penal como acusador particular, en cuyo caso se opondría a una eventual sentencia de conformidad y ocasionaría la frustración de la mediación penal y, de otro, autorizará al órgano jurisdiccional a aplicar la referida atenuante del art. 21.5ª C.P. o la suspensión de la pena si se ha efectuado dicha reparación (art. 80.1.II y 2.3ª C.P.).

## F) La resolución judicial

La mediación puede ocasionar un auto de sobreseimiento (así, el supuesto del art. 963.1.1ª LECrim o el de la petición vinculante de sobreseimiento del art. 782 LECRIM<sup>12</sup>), pero lo más normal será finalizar el proceso mediante una **sentencia explícita o implícita de conformidad**.

a) Denominamos **sentencia explícita** de conformidad a la que puede obtenerse, bien dentro de la instrucción ante el Juez de Guardia, en el enjuiciamiento rápido (arts. 801 y 779.1.5), bien en el juicio oral, normalmente como **conformidad negociada** o «*plea bargaining*», al amparo de lo dispuesto en el art. 787.1 LECrim.

b) Por el contrario, la **sentencia implícita** de conformidad sucederá dentro del juicio oral, lo que necesariamente ha de ocurrir, ante la prohibición del art. 87 ter LOPJ<sup>13</sup> en los delitos de violencia de género o cuando la pena solicitada exceda de los 9 años de privación de libertad (art. 757 LECrim), en cuyo caso, debido a la existencia de

---

<sup>12</sup> STS 1045/2007, de 17 de Diciembre o doctrina BOTÍN, cfr.: mi artículo “*La doctrina del T.S. sobre la acusación popular: los casos “BOTÍN” y ATUTCHA*”, Diario La Ley, 2008, núm. 6970.

<sup>13</sup> El art. 87 ter. LOPJ, introducido por la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con ocasión de la determinación de la competencia objetiva de los Juzgados de violencia sobre la mujer, establece en su ordinal 5 la siguiente prohibición: “*En todos estos casos está vedada la mediación*”.

La redacción de este precepto ha llevado al Protocolo del CGPJ de 2015 a afirmar que “...respecto a los delitos que pueden ser derivados a mediación, únicamente quedan excluidos *ab initio* los delitos de violencia de género, dada la expresa prohibición normativa existente”.

Permítasenos, sin embargo, discrepar de esta conclusión, pues la redacción del precepto nos sugiere otra interpretación sistemática, según la cual, debido a que el art. 87 ter LOPJ está destinado única y exclusivamente a regular la competencia objetiva de las Juzgados de instrucción especializados en la violencia de género, la **mediación estará prohibida en la fase de instrucción** ante dicho Juzgado de Instrucción especializado, **pero será perfectamente lícita la práctica de una mediación por delitos de género en la fase intermedia y de juicio oral**, efectuada ante el Juzgado de lo Penal o ante la Audiencia Provincial, órganos jurisdiccionales estos últimos a quienes no les alcanza la referida prohibición.

En cualquier caso, pensamos que dicha prohibición debiera ser revisada y anulada por el legislador, ya que viene a desconfiar de la labor de nuestros Jueces/as de violencia de género quienes saben perfectamente distinguir entre un delito de violencia de género con peligro para la integridad física de la víctima y en el que el agresor ejerce una influencia dominante (supuesto que siempre habrá de ser excluido de la mediación), del que podría ser reconducido a una solución amistosa, revelándose en la práctica, con las retractaciones de la víctima en el proceso incluidas (ante la posibilidad, por ej., de que el varón sea sometido a prisión provisional y no pueda satisfacer los alimentos), como contraproducente.

la congruencia cuantitativa a la petición de pena del M.F. (art. 789.3)<sup>14</sup>, el M.F. puede obtener extraprocesalmente una conformidad negociada con la defensa lo que ocasionaría una sustancial rebaja en la individualización de la pena.

### **G) La reinserción del imputado.**

Una de las finalidades esenciales de la mediación penal reside en la obtención de la reinserción del imputado o, al menos, la de evitar los efectos criminógenos que la pena privativa de libertad le puede deparar. Y es que, diga lo que diga el art. 25.1 C.E., la pena privativa de libertad no sirve para la rehabilitación del condenado, pues, los centros penitenciarios suelen ser para los jóvenes no reincidentes, en muchas ocasiones, auténticas “escuelas de la delincuencia”.

Por ello, hay que evitar, en la medida de lo posible, que sobre todo el joven delincuente no reincidente sea sometido a una prisión provisional o a una pena privativa de libertad definitiva. Para el logro de este objetivo, surge también la mediación penal que, fundamentalmente en los supuestos de delitos menos graves con pena privativa no superior a los 2 años, permitirá la suspensión de dicha pena (art. 80 C.P.) o su conversión en otra privativa de derechos (art. 83), lo que autoriza al M.F. a instar del juez una **sentencia de conformidad bajo condición de cumplimiento por el condenado de determinadas prestaciones que contribuyan a su rehabilitación** (así, por ej., el sometimiento voluntario a un procedimiento de curación alcohólica o de dependencia al consumo de drogas -art. 83.1.7ª C.P.-).

### **V. EL PRINCIPIO MATERIAL DE OPORTUNIDAD.**

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

---

<sup>14</sup> En el ámbito del proceso penal abreviado, el art. 789.3 se establece también una congruencia cuantitativa, al prohibir al tribunal la irrogación de un “*quantum*” de pena superior al solicitado por las partes acusadoras. Esta prescripción fue generalizada por el T.S. y extendida al sumario ordinario o proceso penal por delitos graves (STS 1.319/2006, de 12 de Enero y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, de 20 de Diciembre de 2006), no sin alguna resolución contraria (vgr.: STS de 1 de Junio de 2007).



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

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

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

Hablar, pues, de “oportunidad reglada” es hoy una tautología<sup>15</sup>, pues, por supuesto, la aplicación del principio de oportunidad exige también el cumplimiento del principio de legalidad.

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

Cuáles sean esos intereses constitucionalmente protegidos nos lo determina el art. 124.1 C.E., el cual faculta al M.F. no sólo a “*promover la acción de la justicia en*

---

<sup>15</sup> El término conformidad “reglada” fue ideado por un excelente Fiscal y vocal entonces del CGPJ (tristemente fallecido), Antonio GONZÁLEZ CUELLAR, para evitar las críticas que surgieron, en la década de los años 80, ante la publicación de un artículo mío, intitulado “*Los procesos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*”, Poder Judicial, núm. 2, 1988, p.p. 31-52.

*defensa de la legalidad*”, sino también en la “*de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*”.

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

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

Veamos, a continuación, con base en qué intereses públicos o tutela de los derechos de los ciudadanos nuestro Código Penal<sup>16</sup> autoriza la aplicación de este principio de oportunidad y posibilita, por tanto, la solución del conflicto a través de la mediación penal.

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

### **1. Supuestos comunes (Parte General).**

Son supuestos comunes de aplicación del principio de oportunidad y aplicables, por lo tanto, a cualquier género de proceso, la atenuante cualificada de la regla 5ª del art. 21 C.P. (la “*reparación del daño*”), la remisión condicional del art. 80 y la suspensión o conversión de la aplicación de la pena privativa de libertad del art. 82 C.P.

#### **A) La atenuante de reparación del daño.**

Tal y como establece el art. 21.5ª C.P., constituye una circunstancia atenuante “*la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o*

---

<sup>16</sup> Nuestro agradecimiento al Fiscal del T.S., Juan Carlos LÓPEZ COIG, por sus indicaciones sobre los tipos penales que posibilitan el principio de oportunidad.

*disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*<sup>17</sup>.

Esta circunstancia, que suele ir acompañada con la de *arrepentimiento* de la regla 4ª del art. 21 C.P. (pues la mediación exige, como se ha dicho, la confesión del hecho por parte del investigado), puede ser solicitada por el M.F. como muy cualificada, en cuyo caso permitirá una rebaja de la pena de hasta dos grados (art. 66.1.2ª C.P.).

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

Incluso con mucha anterioridad, tratándose de delitos leves, si se cumplen los requisitos contemplados en el art. 963.1.1ª LECrim, el Juez de instrucción podrá acordar, tan pronto como reciba el atestado, el sobreseimiento. Dispone a este respecto el referido precepto (introducido por la L.O. 1/2015) que el Juez de instrucción “...*acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la **reparación del daño** y no exista denuncia del perjudicado*” (arts. 963.1.1ª y 964.2.a LECRIM).

De la redacción del precepto claramente se infiere, pues, que, para que proceda este sobreseimiento por razones de oportunidad, el art. 963.1.1ª requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) que el procedimiento verse sobre un delito leve de muy escasa gravedad, atendida “*la naturaleza del hecho y sus circunstancias*” o, lo que es lo mismo, que el objeto del proceso lo constituya un delito “bagatela” (vgr.: hurtos de escaso valor en supermercados...) o atendidas “*las circunstancias de su autor*” (y, así, habrá de ponderar si fuera o no reincidente y el peligro de reiteración); b) que el M.F. solicite expresamente el sobreseimiento; c) que, en los delitos patrimoniales, se

---

<sup>17</sup> Sobre dicha atenuante y el art. 88 C.P., véase MAGRO, **La experiencia en la mediación penal de la Audiencia Provincial de Alicante**, en “*Mediación, Justicia y Unión Europea*”, cit., epígrafe 2.

haya reparado el daño (así, por ej., la devolución de la cosa sustraída), y e) que “no exista denuncia del perjudicado”.

En cualquier caso el auto de sobreseimiento ha de notificarse a la víctima (arts. 636 y 779.1.1ª LECrim y art. 7.1 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima), quien podrá impugnarlo y obtener la reapertura de la instrucción.

## **B) La suspensión ordinaria y la sustitución de la pena privativa de libertad.**

Tanto la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas del art. 80, como la suspensión condicionada o conversión de la pena privativa de libertad en otra limitativa de derechos<sup>18</sup> de los arts. 82 y s.s., poseen un común denominador, cuál es su finalidad, consistente en conjurar el riesgo de reiteración delictiva y (aunque la Ley no lo diga) posibilitar la reinserción del investigado.

a) Difieren, sin embargo, en que, para la aplicación de la suspensión ordinaria de la pena, es necesario que la condena sea inferior a los 2 años de privación de libertad (art. 80.2.2ª) o a los 5 en el caso de drogodependientes<sup>19</sup>, que el investigado “*haya delinquirido por primera vez*” (art.80.2.1ª) y “*que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado...*” (art. 80.2.3ª).

Téngase en cuenta que el pago a la víctima de su indemnización posibilitará además rebajar la pena hasta 2 grados con lo que la comisión de un delito grave puede, a través del cumplimiento de la circunstancia atenuante del art. 21.5ª C.P., alcanzar este

---

<sup>18</sup> Véase al respecto la excelente monografía de GARCÍA SAN MARTÍN, *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*, Madrid, 2017.

<sup>19</sup> Art. 80.5 C.P.: “*Aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

*El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.*

*En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandonos las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación”.*

Véase GARCÍA SAN MARTÍN, *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*, Madrid, 2017, p.p. 51 y s.s.

límite cuantitativo y hacerse acreedora la conducta de la suspensión de la pena privativa de libertad.

b) En la conversión de dicha pena privativa en otra limitativa de derechos del art. 83 C.P., sin embargo, ni opera el presupuesto cuantitativo de que la condena sea inferior a los 2 años, ni ha de concurrir el requisito de ausencia de antecedentes penales, ni el de la satisfacción de la indemnización a la víctima.

Pero, a lo que sí ha de comprometerse el imputado es a la ejecución de las prestaciones que el art. 83 C.P. establece, de entre las que se encuentra “*el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación*” (art. 84.1.1<sup>a</sup>, introducido por la L.O. 1/2015) y que, en general, están dirigidas a obtener su reinserción social. De aquí que el establecimiento de estas prestaciones haya de realizarse en una sentencia, explícita o implícita de conformidad, pero **bajo condición suspensiva** de su efectivo cumplimiento, de tal suerte que, si el condenado no llevara a buen término sus finalidades de reinserción o de amparo de la víctima, el órgano jurisdiccional podrá revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 86 C.P.).

E idéntica solución, la de la condición suspensiva, puede suceder en la aplicación de la suspensión extraordinaria a los drogodependientes del art. 80. 5 C.P.<sup>20</sup>

## **2. Supuestos específicos (Parte Especial)<sup>21</sup>.**

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

### **A) Fundados en una mejor aplicación del “*ius puniendi*”.**

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

---

<sup>20</sup> Cfr.: García San Martín, op. y loc. cit.

<sup>21</sup> Nuestro agradecimiento al Fiscal del T.S., Juan Carlos LÓPEZ COIG por la información suministrada.

Así el art. 579 bis.3<sup>22</sup>, inspirándose en el párrafo 153.e de la StPO alemana y, en último término, en la legislación antiterrorista italiana, estableció y mantiene el principio de oportunidad vía material, mediante la instauración de excusas absolutorias o rebajas de la pena en uno o dos grados para aquellos terroristas que efectuaran dicha delación y que colaboren activamente para el desmantelamiento de la organización terrorista.

Algo similar ocurre también con la delación de los representantes de las personas jurídicas que, a modo de los “*whistleblowers*”, se encuentra prevista como circunstancia atenuante en el art. 31 quater C.P.<sup>23</sup> o en la delación de miembros pertenecientes a organizaciones criminales contra la salud pública contemplada en el art. 376 C.P.<sup>24</sup> o, en general, la de los integrantes de cualquier grupo u organización criminal -art. 570 quater.4 C.P.-<sup>25</sup>.

## **B) Protección del erario público.**

---

<sup>22</sup> “3. En los delitos previstos en este Capítulo (terrorismo), los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

<sup>23</sup> “1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”

<sup>24</sup> “En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.”

<sup>25</sup> “4. Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.”

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

De este modo, el art. 305.4 C.P. contempla como condición objetiva de punibilidad la regularización de la deuda fiscal<sup>26</sup>, en cuyo caso, cumplida esta condición, si se iniciara el proceso, habrá de finalizar mediante auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria.

Asimismo, el número 6° del mismo precepto consagra una excusa absolutoria, consistente en satisfacer la deuda tributaria en un plazo de 2 meses posteriores a la citación judicial como imputado<sup>27</sup>, en cuyo caso se le autoriza al M.F. a solicitar una rebaja de pena de 1 o 2 grados (art. 570 quater. 4).

---

<sup>26</sup> “4. Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.”

<sup>27</sup> “6. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito.”

Similares prescripciones consagran los arts. 307.3 y 5<sup>28</sup> y 307 ter 3 y 6<sup>29</sup> del C.P. en todo lo referente a los delitos contra la Seguridad Social.

### **C) Reparación del daño.**

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

Así, en los delitos de incendios, la reparación del daño ocasionado posibilitará la rebaja de la pena en uno o dos grados (arts. 351<sup>30</sup> y 358 bis<sup>31</sup> C.P.) y, en los delitos contra la ordenación del territorio, urbanismo, protección del patrimonio histórico y medio ambiente, dicha reparación permitirá la rebaja en un grado de la pena (art. 340<sup>32</sup> C.P.).

### **D) La reinserción del imputado.**

---

<sup>28</sup> “3. Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

5. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.”

<sup>29</sup> “3. Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

6. Resultará aplicable a los supuestos regulados en este artículo lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 307 del Código Penal.”

<sup>30</sup> “Los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años. Los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho.”

<sup>31</sup> “Lo dispuesto en los artículos 338 a 340 será también aplicable a los delitos regulados en este Capítulo.”

<sup>32</sup> “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.”



Cuando el C.P. permite la suspensión de la pena privativa de libertad y el establecimiento de la pena de multa u otra privativa de derechos es claro que, aunque la norma no lo diga, lo que se persigue es obtener la reinserción del imputado al evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad.

Ello es lo que acontece, por ejemplo, con el art. 181.1 relativo a los abusos sexuales sin violencia o intimidación<sup>33</sup> o con lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 796<sup>34</sup> que permite al órgano jurisdiccional rebajar la pena en uno o dos grados si el drogodependiente concluyera con éxito su procedimiento de deshabituación y el art. 80.5 que, como se ha dicho, permite la suspensión de la ejecución de la pena.

### **E) La escasa culpabilidad del investigado**

Finalmente otro importante grupo de delitos autorizan al M.F. a instar del tribunal una sustancial rebaja de la pena cuando la culpabilidad del investigado fuera escasa. Ello es lo que acontece, por ej., con lo dispuesto en el art. 65.3 referente a la culpabilidad del *extraneus*<sup>35</sup>, con los delitos que pudiera cometer el receptor de un órgano humano ilícitamente trasplantado (art. 156 bis.2<sup>36</sup>), con el de corrupción en los negocios del art. 286 bis.3<sup>37</sup>, con el delito contra los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis.6<sup>38</sup> o los delitos contra la salud pública previstos en el segundo párrafo del art. 368<sup>39</sup>,

---

<sup>33</sup> “1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.”

<sup>34</sup> “Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.”

<sup>35</sup> “3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.”

<sup>36</sup> “2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.”

<sup>37</sup> “3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.”

<sup>38</sup> “6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.”

<sup>39</sup> “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriera alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.”

con el delito de reunión o manifestación ilegal del art. 514.2<sup>40</sup> o el de tenencia ilícita de armas del art. 565<sup>41</sup> C.P.

#### F) La tutela de la víctima.

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

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

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

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

b) En los delitos semipúblicos la tutela de la víctima es más **relativa**, habiéndose de distinguir:

a') Los del **monopolio relativo de la acción penal por el ofendido**, que posibilitará su ejercicio por el M.F. cuando éste estime la prevalencia del “*interés público*”. Nos estamos refiriendo a los **delitos semipúblicos con interés público** que están integrados por los de agresiones, acosos y abusos sexuales (art. 191), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 287) y los delitos societarios (art. 296).

b') Los **delitos semipúblicos “puros”**, en los que el ofendido conserva el monopolio de la acción penal, pero no el de la extinción del proceso mediante la remisión. Tales delitos vienen integrados exclusivamente por los delitos de reproducción asistida (art. 162), de abandono de familia contemplados en el art. 228, el

---

<sup>40</sup> “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.”

<sup>41</sup> “Los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.”

homicidio cometido por imprudencia menos grave, las lesiones y coacciones de carácter leve, la injurias de violencia doméstica de carácter leve (arts. 142.2.IV, 147.4, 152.2.IV, 172.3.3, 173.4, introducidos por la L.O. 1/2015) y los delitos leves sin interés público y patrimoniales (arts. 963.1.1ª y 964.2.a LECRIM, introducidos por la Disp. Final 2.10 de la L.O. 1/2015).

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

## VI. PROCEDIMIENTO.

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

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

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

### 1. Las diligencias policiales de prevención

Aunque no estén legalmente autorizados los funcionarios de la policía judicial a dictar una resolución de derivación del objeto procesal a la mediación<sup>42</sup>, pues su misión se reconduce, una vez investigada la “*notitia criminis*”, a remitir el atestado a la autoridad judicial o al M.F. (arts. 284, 295, 496.11, 773.2 LECrim), **sí deben comprobar**, tras prestar declaración al detenido y a la víctima, **la concurrencia o no de los presupuestos de la mediación**, cuales son, de un lado y fundamentalmente, el

---

<sup>42</sup> Laguna que debiera ser colmada, cuando se promulgue la anhelada Ley estatal de mediación penal, mediante el otorgamiento a la policía judicial y local de facultades de mediación.

reconocimiento por el investigado de su participación en el hecho punible y su voluntad reparadora, así como, de otro, la posibilidad de obtener el perdón o la voluntad autocompositiva de la víctima de cuyos extremos habrán de dejar constancia en las diligencias policiales de prevención.

En tal supuesto de posibilidad de éxito de la mediación, no debiera el atestado ser remitido a la autoridad judicial, sino, con base en lo dispuesto en el art. 773.2, debería ser **enviado a la Fiscalía a fin de que**, tras la realización de una investigación preliminar, **fuera el M.F.** y no el Juez de instrucción **quien dictara el Decreto de derivación a la mediación** en el que, en un plazo de 3 meses<sup>43</sup> y nunca superior al de los 6 de finalización de dichas Diligencias Informativas (art. 5.V EOMF<sup>44</sup>), habrá de concluirse el proceso de mediación.

La razón de que sea el Fiscal y no el Juez quien dicte esta resolución, se nos manifiesta bastante clara, pues, con independencia de los prejuicios que el Juez de instrucción pueda adoptar sobre la culpabilidad del investigado confeso, que le inhabilitaría para conocer ulteriormente de un juicio por delitos leves, la derivación a la mediación constituye siempre una manifestación del principio de **oportunidad** y, en cuanto tal, es más propia del M.F., que de la autoridad judicial, siempre sometida, con exclusividad, al principio de legalidad<sup>45</sup>.

## 2. La fase instructora

El Decreto de derivación al procedimiento de mediación, dictado, bien por el **Letrado de la Administración de Justicia** (si se adoptara en el seno de una instrucción judicial), bien por el **Ministerio Fiscal** en el de sus Diligencias Informativas, habrá de

---

<sup>43</sup> Según lo dispuesto en el art. 20 de la L. 5/2012: “*La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*”.

<sup>44</sup> «*La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado*».

<sup>45</sup> Naturalmente de esta regla general de entrega del atestado al M.F., hay que excluir los procesos en los que el M.F. haya de instar la aplicación de una medida de limitación de algún derecho fundamental, como lo sería la petición de conversión de la detención en prisión provisional, la de un auto de entrada y registro o de intervención de las comunicaciones.

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

ser minuciosamente motivado, de tal suerte que, en él, se explicitará las Diligencias que lo motivan y la voluntad de las partes del sometimiento a la mediación, se determinará su objeto en el que ha de consistir la mediación y, si resulta procedente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 LEC, decretar o no la suspensión del procedimiento penal.

Dicho Decreto será notificado, en primer lugar, al **órgano encargado de la gestión de los mediadores**. Por dicho órgano y ante la inexistencia de una Ley de mediación penal, el Protocolo del CGPJ<sup>46</sup> propone la instauración de “una unidad judicial gestionada desde los servicios comunes de los Tribunales, o bien desde el Decanato o Presidencia del Tribunal, al frente de la cual estuviera un Letrado de la Administración de Justicia o Gestor, con formación específica de mediación” y “de no existir servicio ni unidad en el ámbito común de un tribunal y en tanto no se desarrollen, será en la Secretaría del Decanato o la Secretaría de la Presidencia del Tribunal provincial o autonómico donde se contará con un listado o **panel de mediadores**, que deberán cumplir los requisitos de formación y experiencia que en cada caso se determinen y se distribuirán entre ellos las mediaciones que se deriven desde los Juzgados y Salas, debiendo comunicarse por el Decanato o Secretaria de Presidencia el mediador asignado en cada caso al Juzgado solicitante” y, en segundo, a las partes (quienes podrían recusar al mediador) y, de modo especial, a la **víctima** ya que le asiste el derecho a la información de los actos de la justicia restaurativa<sup>47</sup>.

En dicho Decreto, se les informará a las partes de su **derecho a comparecer mediante Abogado**, debiéndose distinguir: a) en el caso del investigado, su derecho a nombrar Abogado de su confianza, advirtiéndole de que, si no lo efectuara en el plazo que se le designe, se le nombrará **de oficio** (art. 767 LECrim)<sup>48</sup>, siempre con anterioridad a la primera sesión o “fase de aproximación” (infra. III.2.A), y b) si se tratara de la víctima, hay que ilustrarle de la conveniencia de nombrar **Abogado de su elección** o de reclamar la intervención de uno de oficio, si concurrieran los presupuestos

---

<sup>46</sup> *Protocolo...*, cit., págs. 97-100.

<sup>47</sup> Arts. 19.19 y 27.k del R.D. 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

<sup>48</sup> «Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un Abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado».

de la justicia gratuita (arts. 5.1.c<sup>49</sup> L. 4/2015 del Estatuto de la víctima y 19.3, 21.4, 27.b del R.D. 1109/2015).

A partir de ahí comienza ya el procedimiento de la mediación que, aunque sea manifiestamente informal, pudiendo las partes y el equipo de mediación efectuar las etapas que estimen convenientes, la doctrina<sup>50</sup> señala las siguientes fases que podrían adoptarse: A) la de preparación; B) la de encuentro; C) la de negociación y D) la de ejecución.

Si la mediación hubiera concluido con éxito, se redactará también un acta en el que, tras hacer constar el reconocimiento de hechos por parte del agresor y su voluntad resarcitoria tendrá un doble contenido: a) en cuanto a la **pretensión civil** resarcitoria se hará constar la existencia de una **transacción** en la que el investigado, encausado o incluso condenado se obligará al cumplimiento de la totalidad de las prestaciones (definitivas o futuras mediante condición), tras lo cual se ofrecerá dicho negocio jurídico transaccional, para su homologación, a la Autoridad judicial, en cuyo caso tendrá todos los efectos de la cosa juzgada (art. 415.2 LEC), y b') en todo lo referente a la **pretensión penal**, se ofrecerá al M.F. la realización de un **negocio jurídico procesal** que, según el estadio procesal de la conformidad, habrá de traducirse, bien en una sentencia de conformidad, bien de fondo, bien en una resolución judicial de suspensión de la ejecución o de sustitución de la pena privativa de libertad<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> “*Toda víctima tiene derecho a recibir información sobre: c) Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente.*”

<sup>50</sup> Fundamentalmente BARONA VILAR, *Mediación penal...*, cit., p.p. 373 y s.s.

<sup>51</sup> Acerca de la impugnación del acuerdo véase MARTÍN DIZ, *Medios de impugnación y mediación penal*, en “Sobre la mediación penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)”, Madrid, 2912, p.p. 471 y s.s.