

Reflexiones sobre el modelo de mediación penal portugués y su validez para una futura regulación en España¹

ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL

*Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y de la Escuela Nacional de Policía de España
Profesor Invitado del Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna*

Sumario:

1. Introducción; 2. Concepto y ámbito de aplicación; 3. Iniciativa para remitir una causa a mediación; 4. A modo de conclusión

Palabras claves: Mediación, iniciativa, concepto, derechos

Summary:

1. Introduction; 2. Concept and scope; 3. Initiative to refer a case to mediation; 4. By way of conclusion

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Sistema procesal penal y métodos alternativos de resolución de conflictos. Análisis crítico y propuestas ante la reforma del proceso penal en el espacio judicial europeo.” (Referencia DER2011-29654) del Ministerio de Economía y Competitividad del que es Investigador Principal el Prof. Doutor D. Lorenzo M. Bujosa Vadell, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. En la elaboración del mismo ha resultado de capital importancia la estancia de investigación realizada durante el verano del año 2010 en la Universidad Autónoma de Lisboa bajo la tutela del Prof. Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente al que deseo agradecer, de forma especial, las facilidades que me brindó en todo momento.

Keywords: Mediation, initiative, concept ,rights

1. Introducción

Nadie duda, de que el recurso a la mediación penal, está de actualidad en los últimos tiempos, un sistema que, dentro de la denominada Justicia restaurativa, pretende introducir un elemento de humanización en el Derecho Penal en beneficio de las víctimas y de la rehabilitación del delincuente no es algo que, a priori, debiéramos considerar como malo ni nocivo para el Estado de Derecho, sino más bien todo lo contrario².

Aspirar a sustituir, si no al propio Derecho penal, sí al menos la punición por una reparación en la que la víctima y la sociedad representen un papel central en la respuesta al delito y la pacificación social debería justificar por si mismo, el estudio detallado de esta figura, sin en ningún caso, dejarnos cegar por las evidentes

² Sobre la llamada Justicia Restaurativa pueden consultarse, entre otros, los trabajos de DIEGO DIEZ, L., *Justicia Criminal consensuada*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, así como el libro colectivo VV.AA., *Restorative Community Justice. Repairing and Transforming Communities*, (BASEMOR, G. y SCHIFF, M., ed.) Anderson Publishing, Cincinnati, 2001. También pueden consultarse, en relación con esta materia en Portugal, AMADO FERREIRA, F., *Justiça restaurativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006 y los trabajos desarrollados durante las dos conferencias celebradas en Lisboa sobre los medios alternativos de resolución de conflictos recogidas en VV.AA., *Meios alternativos de resolução de litígios (I Conferência)*, Ministério de Justiça/Direção peral da Administração Extrajudicial, Agora Publicações, Lisboa 2001 y con el mismo título VV.AA., *Meios alternativos de resolução de litígios (II Conferencia)*, Ministério de Justiça/Direção peral da Administração Extrajudicial, Agora Publicações, Lisboa, 2003 y más concretamente sobre la evolución de la mediación en Portugal el trabajo de MENEZES CORDEIRO, A., “Do contrato de mediação”, *O Direito* 139º (2007), III, pp. 517-554, donde se habla de la mediación en la experiencia portuguesa y de la construcción de esta institución a lo largo de la historia, desde una perspectiva civil y mercantil que puede llegar a sernos útil a la hora de entender este concepto desde la perspectiva penal objeto de este artículo.

ventajas que este modelo pudiera proporcionar olvidando la merma de garantías procesales que, en otros casos, pudiera producirse.

En este sentido, y cuando vemos que en España son varios los Juzgados que están realizando actuaciones de mediación penal, dando oportunidad a las víctimas de delitos de entablar contacto con los autores de los mismos y de establecer, bajo control judicial y con asesoramiento letrado, cuál es el castigo más apropiado frente a la habitual pena privativa de libertad, que como se ha podido comprobar, no conlleva reparación a la víctima, consideramos que es un buen momento para reflexionar sobre el modelo portugués, implantado por la Ley 21/2007 de 12 de junio, reguladora de la mediación penal en Portugal, y valorar las ventajas que la implantación de este medio de solución de conflictos podría conllevar para nuestro Derecho interno³.

Los defensores de la puesta en funcionamiento en España de este método de solución de conflictos de carácter complementario, que no necesariamente alternativo al proceso judicial, basan la fuerza de sus planteamientos en el artículo 21 de nuestro Código Penal que, entre las circunstancias atenuantes, incluye la de “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”, lo que, en su opinión, les dota de la habilitación legal mínima para poder recurrir a ella y para pedir su generalización y su regulación detallada en un momento de reforma procesal penal como el que parece que, una vez más, nos encontramos inmersos, y que supondría una apuesta por una

³ Más aún tras las declaraciones del actual Ministro de Justicia de España, ALBERTO RUÍZ GALLARDÓN, al declarar en sede parlamentaria, que el nuevo Código Procesal Penal introducirá la mediación con el consentimiento de la víctima en el orden penal. *Diario del Derecho IUSTEL* de 24 de octubre de 2012.

solución al conflicto penal que estuviera más atento a la reparación que al castigo⁴.

Pero aparte de esa habilitación legal, discutida y mínima, dichos autores contaban, y cuentan, en el ámbito internacional con unas normas, a nuestro entender, mucho más contundentes a la hora de solicitar la implantación de este método de solución de conflictos tales como las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en especial la número 19 de 1999 y, ya en el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal, recientemente sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, donde se recoge entre los derechos de las víctimas el acceso a los sistemas de justicia reparadora, entre ellos: la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, que pueden ser de ayuda, pero siempre, como insiste dicha Directiva en su artículo 12, que se establezcan garantías para evitar toda victimización secundaria, intimidación o represalias⁵.

⁴ En contra de esta opinión se muestra MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La mediación penal” en *La Ley* núm. 6900 de 10 de marzo de 2008, para quien no existe habilitación legal en España para poder llevar a cabo todas las experiencias piloto que se están desarrollando por cuanto conculcarían, en su opinión, de forma clara e inequívoca los principios de oficialidad y legalidad que existen en nuestro proceso penal siendo la única reparación permitida la referida a la satisfacción de las responsabilidades civiles de los artículos 110 y ss. del Código Penal.

⁵ Sobre la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal, *Diario Oficial* n.º L 082 de 22.03.2001, ver el magnífico trabajo de PELAYO LAVIN, M., “La protección de la víctima en la Unión Europea”, en *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (BUJOSA VADELL, L. M., coord.), Editorial Comares, Granada, 2008, pp. 336 y ss. en el que la autora realiza una acertada crítica sobre la parquedad con la que la Decisión Marco alude a la mediación penal indicando tan solo que

El presente trabajo va dirigido a analizar la regulación que, cumpliendo el plazo establecido en la Decisión Marco del año 2001, llevó a cabo Portugal, y concretamente a intentar determinar, tomando como modelo el sistema portugués, a quien debería corresponder la iniciativa de remitir un proceso a mediación, esperando que sirva, además, para ayudar a detectar las posibles carencias que se encuentran en la normativa portuguesa, reflexionando sobre ellos y contribuyendo a una eventual mejor implantación de la mediación en materia penal en España.

Implantación que esperamos que, de forma definitiva, se lleve a cabo a través del Anteproyecto de Ley Orgánica sobre el Estatuto de la Víctima del Delito, en fase de tramitación parlamentaria y que esperemos aborde este tema. No debemos olvidar que España ha intentado justificar, sin éxito, el retraso en la implantación de la mediación penal para adultos, en el hecho de que el debate sobre este tema se debería dar en el marco de la reforma global prevista de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, futuro Código de Proceso Penal, donde debería examinarse la conveniencia de su incorporación, los tipos penales a los que podría aplicarse, el estatuto del mediador y las consecuencias y efectos de la mediación. Por el contrario, Portugal ha demostrado tener una voluntad más inequívoca de apostar por la Justicia Restaurativa, que se ve reforzada por la aprobación de la Ley Marco nº 17/2006, de 23 de Mayo, de Política Criminal y de la Ley nº 51/2007, de 31 de agosto, en la que se definen los objetivos, prioridades y orientaciones de ésta para el bienio 2007-2009 y donde

podrá llevarse a cabo antes o durante el proceso. También sobre la protección y la promoción de los derechos de las víctimas en Europa y, concretamente en Portugal, puede consultarse VV.AA., *Projecto Diké. Protecção e promoção dos direitos das vítimas na Europa, Seminário Internacional, Lisboa, 11 y 12 de Setembro de 2003*, APAV, Lisboa, 2003.

se establece expresamente que la mediación debe ser privilegiada por las autoridades judiciales portuguesas⁶.

2. Concepto y ámbito de aplicación

Para intentar buscar un concepto de lo que debe entenderse por mediación debemos recurrir a la ya antes citada Decisión Marco sobre el estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal que entiende por mediación en causas penales, 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.

Aceptaremos esta definición como válida para España ante la ausencia de regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que no sucede con el Derecho portugués donde la citada Ley 21/2007 de 12 de junio, que viene a crear un régimen de mediación penal, define de forma precisa, lo que debe entenderse por mediación penal, afirmando que ésta es un proceso informal y flexible, dirigido por un tercero imparcial, el mediador, que promueve la aproximación entre el imputado y la víctima y los apoya en el intento de encontrar activamente un acuerdo que permita la reparación de los daños causados por el hecho ilícito y que contribuya a la restauración de la paz social, es decir se trata básicamente de que el mediador presta ayuda a las partes del proceso para que estas encuentren una

⁶ Sobre el contenido de esta Ley puede consultarse el trabajo de COSTA ANDRADE, M., “Lei-Quadro da Política Criminal (Leitura Crítica da Lei nº 17/2006, de 23 de maio)” en *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 135^a, nº 3938, maio-junho de 2006, pp. 262-277 y sobre la Política Criminal en Portugal, en especial referida a la utilización de estos medios alternativos o complementarios de resolución de conflictos pueden verse los trabajos de FARIA COSTA, J., “Diversão (Desjudicialização) e mediação: que rumos?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXI, 1985, pp. 91-158 así como el trabajo de AGRA, C./CASTRO, J., “Mediação e Justiça Restaurativa: Esquema para uma Lógica do Conhecimento e da Experimentação”, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Porto*, II, 2005, pp. 95-112.

solución que sea satisfactoria para ambos y a la vez para la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, dos son los principales problemas que encontramos en esta definición de mediación penal que nos ofrece el artículo 4.1 de la Ley 21/2007 reguladora de la mediación penal en Portugal que estamos analizando: el primero es la consideración de la propia mediación como un proceso, situación que podría dar lugar a equívocos por el contenido jurídico que conlleva la utilización de esta palabra en nuestra disciplina y, el segundo, al que haremos referencia cuando analicemos la competencia para remitir un asunto a mediación, será la no inclusión de la nota característica de la voluntariedad en la propia definición de este mecanismo.

En relación con el primero de estos problemas debemos señalar que, en nuestra opinión, la mediación no puede ser considerada un proceso, ya que si bien es cierto que se trata de un método de solución de conflictos, la mediación lo es de carácter autocompositivo y no heterocompositivo, como lo es el proceso, en el que, además la facultad para decidir está atribuida a un tercero imparcial dotado de potestad jurisdiccional para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es decir, para ejercer la función jurisdiccional en ese tipo de asuntos⁷.

Sin embargo, en el sentido de la regulación portuguesa, tenemos la duda de si su denominación como proceso es totalmente errónea

⁷ No obstante, de errores conceptuales a la hora de dar un nombre a esta figura tampoco está exento el Derecho español, donde la confusión llega a ser tal que incluso la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, llega a definirla en su Exposición de Motivos, si bien referida a la mediación en materia familiar como un "recurso" mientras que otros textos normativos o incluso algunas sentencias llegan a catalogarla, desde nuestro punto de vista de forma errónea, como un proceso. Sobre estas denominaciones ver PELAYO LAVIN, M., *La mediación. Una vía de gestión de problemas familiares*, Trabajo de Grado inédito, Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Universidad de Salamanca, 2009, donde se hace referencia a todas estas cuestiones de índole terminológica.

o si, por el contrario, la podemos considerar no solo adecuada, sino, incluso, aunque con matices, correcta y esto es así por que en la regulación portuguesa no se opta por una mediación plenamente alternativa del proceso, es decir, aislada del mismo, sino por una mediación que podríamos denominar complementaria: que se inserta en el propio proceso penal beneficiándose de sus ventajas y ofreciendo, no en sí, un mecanismo alternativo al proceso judicial sino una solución alternativa a la sentencia que, eventualmente dictara el juez, adquiriendo, desde nuestro punto de vista, la naturaleza jurídica de fase no obligatoria del proceso penal⁸.

En cuanto al ámbito de aplicación de la mediación nos encontramos con que el artículo 2 de la Ley 21/2007, de 12 de junio, de Mediación Penal señala que la mediación penal solo puede tener lugar en aquellos procesos por crimen cuyo iniciativa dependa de denuncia o de acusación particular, y más aún, cuando dependa de denuncia, solo será de aplicación en aquellos delitos que sean catalogados como crímenes contra las personas o contra el patrimonio, no siendo posible la remisión a la mediación cuando el tipo legal prevea pena de prisión superior a cinco años, cuando se trate de delito contra la libertad o la autodeterminación sexual, cuando se trate de delito de prevaricación, corrupción o tráfico de influencias,

⁸ Sobre esta opción armonizadora de la mediación con la jurisdicción y su ubicación dentro del propio proceso penal se pronuncia CARDONA FERREIRA, J. O., "A mediação como caminho da Justiça: A mediação penal", en *O Direito*, 139º (2007), V, p. 1013 quien entiende que lo alternativo debe ser la manera de hacer la justicia, en este caso dialogada y cooperante, y no tanto el órgano que debe impartirla, ya que para él, coincidiendo con GOMES CANOTILHO, J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6º ed., pp. 653 y ss., en referencia al artículo 202 de la Constitución Portuguesa, la Justicia, sin ningún tipo de distinción, compete a los Tribunales, existiendo por tanto una reserva constitucional en su aplicación.

cuando el ofendido sea menor de 16 años o cuando sea aplicable proceso sumario o sumarísimo⁹.

La opción por este ámbito de aplicación se corresponde con una de las dos posiciones defendidas por la Doctrina: la de aquellos autores que consideran que la mediación debería destinarse, por su carácter y por sus características, solamente a faltas y delitos de escasa entidad, frente a la de aquellos partidarios de despenalizar dichos ilícitos y que consideran que cualquier delito podría ser objeto de mediación.

Nos inclinamos, a pesar de que las regulaciones de nuestro entorno, como la portuguesa que estamos analizando, son claramente favorables a la primera de las opciones, por la segunda de las mismas, es decir la que nos llevaría a no excluir de forma rígida o sistemática determinados tipos penales.

Nos basamos para ello, no solo en la escasa regulación que tenemos sobre la materia a nivel europeo, donde nada se restringe en cuanto a la posibilidad de utilización de este mecanismo, sino también y sobre todo, en la finalidad que busca la misma y que no es otra que la reparación de los daños causados por el hecho ilícito

⁹ Esta regulación, que para algún autor entraría en contradicción con el artículo 11 de la ya mencionada Ley 51/2007 donde se establece el elenco de delitos en los cuales la mediación debe ser privilegiada establece de forma clara y taxativa que tan solo podrá recurrirse a la mediación cuando se trate de un delito privado o semipúblico, extremo que consideramos acertado por cuanto permitir la mediación en delitos de carácter público supondría dejar en manos de los particulares la realización de la justicia. Ver por todos LAMAS LEITE, A., *A mediação penal de adultos. Um novo "paradigma" de justiça?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 26 y 27 donde se citan las incoherencias que, desde su punto de vista, se producen entre ambas regulaciones, incoherencias que entendemos pero que no compartimos por lo anteriormente expuesto. Comparte nuestra opinión LAMARCA PEREZ, C., "Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal" en *La Ley Penal*, núm. 44 de diciembre de 2007.

y la restauración de la paz social, a través de una solución que sea satisfactoria para ambos y a la vez para la sociedad en su conjunto¹⁰.

Quizás sea este último inciso, el de que la solución sea satisfactoria para la sociedad en su conjunto sea el que mayores problemas pueda plantear en el sentido de que, si llegáramos a admitir la mediación para todo tipo de delitos podríamos encontrarnos con una cierta renuncia por parte del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, algo que no nos parece que realmente sucediera por cuanto proponemos, como veremos a continuación, que el acuerdo resultado de la mediación se someta a un control judicial, en orden a que no se produjera una disminución de las garantías para el reo, sin que esta situación se piense que pueda ser una expropiación del conflicto en perjuicio de la víctima¹¹.

Sin embargo, estamos de acuerdo en que resulta mucho más sencillo, y la experiencia así lo ha demostrado que es más fácil instaurar la mediación cuando se trata de delitos o faltas de carácter patrimonial que cuando se trata de delitos violentos, salvo que la violencia sea leve, pues es evidente que, en estos casos, la predisposición de la víctima a participar en la mediación es mucho mayor¹², negándonos sin embargo a que la excusa que se ponga

¹⁰ De este parecer se muestra ESTIRADO DE CABO, C., “Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y enjuiciamiento” en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial 136-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 209 al afirmar que las potencialidades que la mediación tiene en los procesos penales, tanto para el autor del hecho punible como para la víctima, y proponiendo que se atiende más bien a las circunstancias y a las características concretas de cada caso.

¹¹ En este sentido MAIER, J., “La víctima y el sistema penal” en *Jueces para la Democracia*, núm. 12 de 1991, p. 32.

¹² Puede dar muestra de ello, por ejemplo, la experiencia realizada en la Audiencia Provincial de Alicante y que se puede consultar en CUELLAR OTÓN, P. y HERNÁNDEZ RAMOS, C., “La experiencia en mediación penal de la Audiencia Provincial de Alicante”, en *La Ley Penal*, núm. 56 de enero de 2009.

para la implantación de la mediación en los mismos sea una mera estrategia para descongestionar la Administración de Justicia¹³.

Partiendo de esta premisa, tan solo nos opondríamos a la aplicación de la mediación en aquellos delitos en los que el órgano jurisdiccional constatare la existencia de una desigualdad entre las partes, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que sean autoridades o funcionarios públicos los que aparezcan como víctimas del delito o como sujetos activos del mismo, por la desigualdad institucional que podríamos apreciar en los mismos, siempre, insistimos, a criterio del Juez que debe ser quien controle y valore si existe o no desigualdad atendiendo a las circunstancias del caso concreto¹⁴.

El mismo argumento nos sirve para oponernos a la actual prohibición expresa de la mediación en el marco de la violencia de género contenida en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género¹⁵,

¹³ Sobre este riesgo advierte LAMARCA PEREZ, C., "Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal" en *La Ley Penal*, núm. 44 de diciembre de 2007 y ESTIRADO DE CABO, C., "Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y enjuiciamiento" en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial 136-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 210 quien igualmente se plantea la problemática de los delitos en los que el bien jurídico protegido por el tipo no es individual sino colectivo, cuando la víctima es una persona jurídica o un menor o un incapaz, y cuando la persona imputada sea reincidente aportando valiosas opiniones al respecto.

¹⁴ Como ya hemos tenido la ocasión de señalar, consideramos esencial la existencia de igualdad por cuanto compartimos la opinión de MARTIN DIZ, F., "Claves para el éxito de la mediación como sistema alternativo de Administración de Justicia", *Newsletter del GRAL* núm. 3/2010, de marzo de 2010, disponible en http://www.gral.mj.pt/userfiles/Articulo_mediacion_FERNANDO_MARTIN.pdf de que la mediación está viciada desde el origen si una de las partes se sitúa en una posición de superioridad sobre la otra.

¹⁵ Sobre el contenido de dicha Ley ver VV. AA., *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., y MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., coordinadoras), Iustel, Madrid, 2005.

prohibición que consideramos que supone una falta de confianza total en la capacidad de decisión de la mujer ya que, si bien es cierto que, como hemos dicho, la mediación precisa de una situación de igualdad para poder llevarse a término, también es cierto que puede, como proponemos, encomendarse al Juez que efectúe ese control de la igualdad que permitiera el desarrollo de esa mediación en casos de violencia de género, cuando se considere que la misma se podría llevar a cabo en condiciones de igualdad¹⁶.

3. Iniciativa para remitir una causa a mediación

Por otro lado, el segundo problema al que antes hacíamos referencia: la no inclusión de la nota característica de la voluntariedad dentro de la definición de mediación en la regulación portuguesa, entendemos que no es una omisión accidental sino claramente premeditada y que toma fundamento en el hecho de que la iniciativa para poder recurrir a la mediación en la legislación portuguesa no nace solo del libre acuerdo o de la voluntad de las partes de some-

¹⁶ Comparte nuestra opinión, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español”, en *La Ley* núm. 7232, de septiembre de 2009 quien además, se hace eco de las Conclusiones del Curso organizado en la Escuela Judicial de Barcelona en noviembre de 2006 por el Consejo General del Poder Judicial con la colaboración de la Fiscalía General del Estado, donde se consideraba especialmente indicada la mediación para afrontar conflictos surgidos en el ámbito de las relaciones conyugales o uniones de hecho, siempre que se garantizara la igualdad de las partes. Sobre esta materia puede consultarse ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008 quien además señala que a todas estas consideraciones se suma el hecho de que las condenas en caso de violencia de género incluyen siempre la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima algo que, con mucha frecuencia, se incumple por la decisión de mutuo acuerdo de reanudar la convivencia constituyendo un delito de quebrantamiento de condena con dos culpables: el hombre como autor y la mujer como cooperadora necesaria.

terse a dicha posibilidad sino que el propio Ministerio Público puede instar, de oficio, que se inicie este mecanismo cuando considere que se dan los requisitos adecuados para ello¹⁷.

No obstante, también podrán, como no podía ser de otra manera, el imputado y la víctima solicitar que se remita el asunto a la mediación, no siendo en este caso necesario que se den los requisitos que se exigen al Ministerio Público. Pese a ello, con la regulación que estamos analizando, es posible que las partes del proceso se enteren, mediante una simple notificación de que el proceso ha sido paralizado y enviado a mediación, todo ello sin ni siquiera haberse ellos pronunciado sobre la conveniencia o no de recurrir a la misma.

Esta situación, desde nuestro punto de vista, es inaceptable, si bien es cierto que será necesario obtener el consentimiento del imputado y de la víctima para que se pueda iniciar el llamado en Portugal, proceso de mediación que, igualmente, finalizará en cualquier momento que las partes decidan revocar su consentimiento para participar en la mediación¹⁸.

¹⁷ De este modo, y conforme a la regulación contenida en el artículo 3.1 de la Ley de Mediación Penal portuguesa, el Ministerio Público en cualquier momento de la instrucción, si existieran indicios de haberse cometido el crimen y de que el imputado es el presunto autor del mismo, podrá designar un mediador y remitirle la información que considere esencial sobre el imputado, la víctima y el objeto del proceso, todo ello si pensase que, de este modo se podría responder adecuadamente a las exigencias de prevención que existan en ese caso. Es decir, queda al arbitrio del Ministerio Público, con los límites que la ley establece, la decisión sobre si en un proceso debe o no recurrirse a la mediación penal.

¹⁸ Sin embargo, y a pesar de esta aparente imposición de la mediación cuando así lo considere oportuno el Ministerio Público, sin embargo se exige, conforme al artículo 3.5 de la citada Ley que el mediador contacte con las partes (imputado y víctima) para obtener de ellos los correspondientes consentimientos libres, debiendo informarles en ese momento de sus derechos y deberes y de la naturaleza, finalidad y reglas aplicables a la mediación, correspondiendo al mediador comprobar si reúnen los requisitos para participar en el mismo, algo que nos resulta del todo incoherente pues entendemos que ese control de la idoneidad para participar en la mediación debería haber sido ya realizado por

Por esta razón entendemos que el Juez, de oficio, no podría gozar de la facultad de proponer la remisión del proceso a mediación, en contra de cómo se está desarrollando en la actualidad en las experiencias pioneras que sobre mediación se están llevando a cabo en nuestros tribunales, ya que entendemos que esta posibilidad podría viciar el libre consentimiento y, de alguna forma, servir como elemento de presión sobre la víctima o el agresor que, temerosos de contrariar al Juez que ha considerado oportuno “agraciarles” con la posibilidad de remitir su asunto a mediación, acepten su proposición para no perjudicar su imagen ante él¹⁹.

Teniendo en cuenta lo que acabamos de decir debemos también decantarnos por la existencia de un momento procesal oportuno para permitir que las partes puedan solicitar la remisión de un proceso a mediación y, habida cuenta de que la experiencia ha demostrado que resulta más fácil seleccionar los casos cuando ya se ha ultimado la instrucción, pensamos que también resultará más fácil para las partes decidir si quieren solicitar o no la remisión del proceso a mediación una vez finalizada la misma.

Esto permitiría que las partes, incluido por supuesto el Ministerio Fiscal en su calidad de tal, libremente, y cuando así lo consideraran oportuno, pudieran solicitar la remisión de la causa a mediación, remisión que debería ser necesariamente aceptada por las otras partes personadas en el proceso, incluido de nuevo el Ministerio

el Ministerio Público antes de darle traslado del caso para mediación, ya que la ley establece que, en caso de que el mediador no obtuviese el consentimiento de los participantes en la mediación o considerase que estos no reúnen las condiciones para participar en el proceso deberá informar de estos extremos al Ministerio Público, continuándose en ese caso, el correspondiente proceso penal, pudiendo haberse evitado esta situación si, desde el primer momento, el Ministerio Público hubiese comprobado la idoneidad de los participantes y hubiera recabado de ellos su consentimiento o, al menos, su voluntad de someterse a la mediación.

¹⁹ En este sentido se pronuncia MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, ob. cit., p. 48.

Fiscal si participara en el mismo y, a su vez, controlada y aprobada por el órgano jurisdiccional que debería verificar la existencia de la voluntariedad y de la exigible igualdad de partes, antes de proceder al nombramiento del correspondiente mediador y al inicio del trámite de mediación.

Entendemos que esta atribución al Ministerio Fiscal de la facultad para solicitar la remisión de un proceso a mediación, contemplada en la legislación portuguesa, sería perfectamente extrapolable a nuestro Derecho interno habida cuenta de su consideración como defensor de la legalidad al amparo del artículo 124 de la Constitución Española, en relación no solo con los derechos de los imputados sino también con la protección de las víctimas, sumado a la experiencia positiva que está suponiendo la regulación contenida en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y a la específica labor que desarrolla el Ministerio Fiscal en la ejecución de la Política Criminal del Estado le harían especialmente idóneo para asumir esta función²⁰.

En caso contrario, y en tanto en cuanto la instrucción continúe atribuida a los Jueces de Instrucción consideramos que debería corresponder a los mismos, o a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el caso de que se levantara la prohibición de recurrir a la mediación en el ámbito que les es propio, la facultad para decidir

²⁰ De esta opinión se muestra HEREDIA PUENTE, M., "Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal", en *La Ley*, núm. 7257, de 7 de octubre de 2009 quien apoya su tesis en diferentes y múltiples experiencias de Derecho comparado que alabamos y felicitamos pero que no podemos compartir mientras no se produzca una reforma de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal que atribuya la instrucción al Ministerio Fiscal ya que, creemos que en tanto eso sucede, la facultad para ordenar la instrucción, la remisión de una causa a mediación y controlar el desarrollo y ejecución de la misma debe corresponder al Juez de Instrucción.

cuando se dan los presupuestos que aconsejen la remisión de una causa a mediación²¹.

4. A modo de conclusión

A modo de conclusión debemos decir que tras este breve análisis de la regulación que, de la mediación en materia penal, ha llevado a cabo el legislador portugués debemos concluir que su sistema, si bien acertado, desde nuestro punto de vista, en algunos aspectos: como el de no vedar la mediación en materia de violencia de género o en su consideración de la mediación como una fase no obligatoria dentro del propio proceso penal, y no como una alternativa al mismo, no es del todo extrapolable a nuestro ordenamiento jurídico: sobre todo en la cuestión relativa a quien debe corresponder la iniciativa

²¹ Apoya esta opinión el hecho de que ya existen normas en la Unión Europea, aunque en el ámbito de la mediación civil y mercantil, concretamente la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* donde se reconoce que aunque la mediación es extrajudicial, ello no debe significar que la mediación no pueda ser iniciada, sugerida u ordenada por un órgano jurisdiccional permitiéndose incluso que un Juez actúe como mediador siempre que dicho Juez no sea el responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio si bien el Juez que sea responsable de dicho procedimiento si que podrá, conforme a la Directiva, tener la iniciativa de poner en marcha una mediación extrajudicial, situación que quedaría a salvo atribuyendo esta posible función al Juez instructor, no siendo posible sin embargo que le fuera atribuida al órgano decisor que conocerá en la fase de juicio oral. Sobre esta Directiva puede consultarse el trabajo de ORDOÑEZ SOLIS, D., “La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia” en *La Ley* núm. 7165, de 30 de abril de 2009. En contra de nuestra opinión hay quien mantiene que el Juez que va a juzgar no puede ni debe actuar como mediador, ya que, en el caso de que la mediación penal no culminara con éxito debería procederse al juicio contencioso de ese asunto en el que el Juez podría verse afectado en su imparcialidad. En este sentido se pronuncia CARDONA FERREIRA, J. O., “A mediação...”, *ob. cit.*, p. 1014 quien considera esta circunstancia absolutamente intrínseca a la mediación.

para remitir una causa a mediación, básicamente por la diferencia fundamental que presentan ambos modelos en cuanto a quién tiene atribuida la función de instrucción en el proceso penal, debiendo valorarse positivamente, en cualquier caso, la premura y la seriedad con la que en Portugal cumplieron las obligaciones y el plazo impuesto por la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, del Consejo de la Unión Europea relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal, obligación y plazo que España no llegó a cumplir, confiando en que esta tan ansiada y necesaria regulación, llegue de la mano de la adaptación a nuestro derecho interno del contenido de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que como hemos indicado al comienzo de nuestro trabajo, recoge, entre los derechos de las víctimas, el acceso a los sistemas de justicia reparadora, y más concretamente, a la mediación entre víctima e infractor.