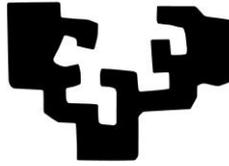


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco
Facultad de Derecho

Euskal Herriko
Unibertsitatea
Zuzenbide Fakultatea

TITULACIÓN: GRADO EN DERECHO

LA MEDIACIÓN PENAL
en menores y adultos

Alumna: Dña. María Asunción González Rodríguez

Tutor: D. José Francisco Etxeberria Guridi

Trabajo Fin de Grado

Donostia, 20 de Julio de 2015

Curso académico 2014/2015

INDICE CONTENIDOS

| | |
|---|----|
| 1.-INTRODUCCION..... | 4 |
| 2.- LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS DELITOS LEVES OPERADA EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL..... | 8 |
| 2.1.-La supresión de las faltas..... | 8 |
| 2.2.- Los delitos leves | 10 |
| 2.3.-La incorporación del criterio de oportunidad | 15 |
| 3.-EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA JUSTICIA RESTAURATIVA: LA MEDIACIÓN PENAL | 21 |
| 3.1.-El Estatuto de la víctima del delito..... | 21 |
| 3.1.1.- Crítica al Estatuto | 24 |
| 3.2.-Aplicación del Estatuto a las víctimas de violencia de género..... | 27 |
| 3.2.1.- La mediación en delitos de Violencia de Género | 31 |
| 3.3.- La mediación como método de Justicia Restaurativa en el Estatuto..... | 34 |
| 3.3.1.- La mediación penal en los Anteproyectos de Reforma de 2011 y 2012 | 40 |
| 4.- CONCLUSIONES..... | 45 |
| 5.- BIBLOGRAFIA | 48 |

1.-INTRODUCCION

Con la aprobación del nuevo Código Penal, LO 1/2015, de 30 de marzo, son numerosos los cambios efectuados en la reforma, adquiriendo especial relevancia la supresión del Libro III dedicado a las faltas y sus penas, (artículos 617 a 639), apartado 1 de la Disposición Derogatoria Única. Si bien, algunas de ellas se incorporan al Libro II reguladas como delitos leves y se justifica en base al principio de intervención mínima, pasando el resto al sistema de sanciones administrativas y al ámbito civil, según se recoge en la Exposición de Motivos del texto.

Como podemos observar las faltas sufren distintas vicisitudes, por una parte unas pasan a ser sancionadas en la esfera administrativa y otras en la civil, quedando relegadas de la tipificación penal por no ser comportamientos merecedores de tal calificación, y otras se convierten en delitos leves incrementando las sanciones en relación con las faltas, en virtud de la justificación del legislador. Cabe formularse una pregunta, ¿la elevación de la pena queda justificada en base al principio de proporcionalidad? El legislador no fundamenta la implementación de estos delitos, dejando así vacío de contenido el principio de proporcionalidad entre las faltas –que desaparecen del Código Penal - y los denominados delitos leves. Comprobamos que al convertir algunas faltas a la tipificación de delito leve, se incrementa considerablemente la sanción. Como ejemplo de lo expuesto, comparamos la falta de maltrato de obra contenida en el artículo 617.2 CP sancionada con multa de diez a treinta días, operada la reforma, la pena será de multa de uno a dos meses por el mismo delito (artículo 143.3 CP). Se agrava la sanción por el mismo delito, se aumenta el límite mínimo y el máximo se duplica sin que el legislador deje constancia de una justificación en base a la proporcionalidad penal. Hay que añadir a lo anteriormente referido, que sobre el condenado por delito leve se incorporan antecedentes penales, aun cuando no se computarán a efectos de reincidencia si pueden causar ciertos perjuicios a otro nivel al condenado, si bien en el catálogo de faltas no existe la carga del antecedente penal.

Esta reforma conlleva que paralelamente se revise la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el apartado dedicado al juicio de faltas, que será aplicable a los delitos leves. Cuando estos delitos no revistan gravedad suficiente ni exista un

verdadero interés público en la sanción penal, se introduce como novedad, un criterio de oportunidad. Se justifica este principio en base a la habitualidad de su práctica en el Derecho Comparado. Mediante este instrumento se permite a los Jueces y Tribunales prescindir de la sanción penal en los casos anteriormente mencionados, descansando sobre el principio de intervención mínima. Instando el Ministerio Fiscal al Juez el sobreseimiento del procedimiento. Se justifica además, en razones de economía temporal y de medios, dada la relación apuntada anteriormente entre el hecho tipificado como delito, por la escasa gravedad del bien jurídico a proteger y por no tener el cariz suficiente para despertar el interés público.

Varias son las voces que se alzan en negar la aplicabilidad del principio de oportunidad por considerar que colisiona gravemente con el principio de legalidad, y por ende niegan que la mediación penal goce de las mismas garantías que el proceso penal, ¿resulta de la aplicación del principio de oportunidad y del sometimiento de la causa a mediación penal una merma de garantías? Daremos cumplida respuesta a esta cuestión. Los Anteproyectos de las propuestas de reforma procesal relativas a los años 2011 y 2012 recogen entre su articulado la regulación sobre mediación penal, por primera vez, que más adelante trataremos.

En el marco jurídico-penal-social, se consideran estas reformas como antagonistas, por una parte es una evolución del sistema penal que se adapta a las necesidades que requieren tiempos más modernos, y por otra hay quien considera que se perjudica gravemente a la víctima que pierde garantías como individuo. La víctima normalmente, se califica como doblemente maltratada. Primero, porque es la damnificada por la actuación del delincuente, y segundo porque su papel ante el sistema judicial es secundario: procesos largos y costosos, traumáticos en algunos casos, incrementando su aflicción. Uno de los objetivos de la nueva Ley aprobada el 25 de abril, 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito, es el de atenuar las consecuencias negativas que tiene que soportar la víctima durante el proceso judicial, nace con el afán de dar respuesta a las demandas que plantea la sociedad en este aspecto. Reconoce la dignidad de la víctima y la defensa de sus derechos procesales y extraprocesales, les dota de más sistemas de apoyo y protección, les permite ser protagonistas a lo largo del proceso. Esta Ley complementa a la Directiva Europea de 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 de apoyo y la protección de las víctimas de delitos y sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

El Estatuto, define el concepto de víctima directa e indirecta en la misma línea que las normas internacionales, como la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzosas (trata de seres humanos). Esta Ley pretende ser un catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, sin embargo hay remisión a las normas especiales en materia de víctimas con especiales necesidades o especial vulnerabilidad, como por ejemplo las víctimas de violencia de género o los menores que viven en el mismo entorno.

Se regula el derecho a obtener información de las autoridades o funcionarios, el derecho a traducción e interpretación, derecho de acceso a los servicios de justicia restaurativa, y se obliga al reembolso de gastos en el supuesto de las víctimas fraudulentas, condenadas por simulación o denuncia falsa, cuando hayan ocasionado gastos a la Administración por su reconocimiento, información, protección y apoyo, sin perjuicio de las demás responsabilidades en las que pudieran incurrir.

Estas reformas obligan a la adaptación de otras normas para la efectividad de su ejecución, como es el caso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Varios artículos han sido modificados para adaptarse a la reforma del Código Penal y al Estatuto de la Víctima.

Varias son las normas que entran en vigor este año, unas son de cuño *ex novo* y otras han tenido que ser modificadas para adecuarse a las recientemente aprobadas por incidencia directa. A las anteriores, se añade el nacimiento de dos Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal que no han llegado a regir, sin embargo, pretendemos que con nuestra colaboración de alguna forma asomarlos a estas páginas.

El objetivo del presente trabajo es analizar primero, la incorporación del criterio de oportunidad en los delitos leves efectuada en la reforma del Código Penal. En el subepígrafe dedicado a la supresión de las faltas, examinaremos si el Estado relega el *ius puniendi* con la supresión del Capítulo dedicado a las faltas, cuando se incorporen

para su sanción al ámbito administrativo y al civil. En el apartado asignado a los delitos leves, podremos comprobar que la conversión de faltas en estos nuevos delitos no supone una transformación simplemente nominal, sino que se evidencia una agravación de las penas que quedan huérfanas de justificación por parte del legislador. La incorporación del criterio de oportunidad, en el tercer punto, nos permitirá comprobar si es posible su aplicación sin que ello suponga una confrontación con el principio de legalidad. Y por otra parte, si en base al principio de intervención mínima o última ratio, la protección de bienes jurídicos como límite punitivo del Estado, ¿justificaría la mediación penal basada en la despenalización de ciertos tipos penales, permitiendo la privatización de conductas de los delitos leves bajo la figura de la *diversión*?

Por último, analizaremos la figura de la mediación penal en el recientemente aprobado Estatuto de la Víctima, enfatizando sobre la mediación penal como método de justicia restaurativa, y la aplicación del Estatuto a las víctimas de violencia de género. Aportaremos una visión crítica de las carencias o puntos que pueden dar lugar a controversias en el citado Estatuto.

En los distintos epígrafes introducimos el tratamiento de la mediación penal en los Anteproyectos de reforma procesal de los años 2011 y 2012 para aportar originalidad, ya que es un tema que no se ha tratado en ninguna reforma legislativa y por primera vez se esboza la intención de reglar un instrumento de resolución de conflictos que opera ampliamente y desde hace años en otras ramas del derecho. Como sabemos en Derecho Penal su aplicación se vinculaba exclusivamente a los menores.

Para finalizar aportaremos las conclusiones que del estudio se deriven en referencia al análisis realizado.

2.- LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS DELITOS LEVES OPERADA EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

2.1.-La supresión de las faltas

El pasado 31 de marzo se publicaba en el BOE la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entrará en vigor el próximo 1 de julio del año en curso (Disposición Final Octava) y en ella se prevén importantes modificaciones en el texto penal.

Dentro de las modificaciones más importantes nos encontramos con la desaparición de las faltas contenidas en el Libro III del Código Penal (en adelante CP), incluidas en el texto de 1944. Dicha evanescencia la justifica el legislador en la EM, (XXXI) con la finalidad de reducir la elevada litigiosidad que recae sobre los tribunales y la reclamación entonada por los operadores jurídicos sobre la supresión de las faltas que demandaron en base a la desproporción existente entre el bien jurídico protegido y la inversión que requiere su enjuiciamiento. A lo que se aúna la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial, en el sentido de la despenalización de las faltas por su escasa gravedad al tenor de dichas infracciones. La supresión del Libro III lleva aparejada una reestructuración que podríamos encuadrar en el resumen siguiente:

La despenalización de las infracciones penales tipificadas como falta en la actualidad, pasarán a ser infracciones administrativas contenidas en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, algunas de ellas. Con esta modificación, la facultad sancionadora del Estado *o ius puniedi* queda relegada, pues se invierte la carga de la prueba, que en la actualidad la ostentaba la acusación como medio para desvirtuar el derecho de presunción de inocencia, siendo ahora un

medio de la defensa para probar la inocencia ante la presunción *iuris tantum* de veracidad aducida por la Administración, pasando en consecuencia a encuadrarse dentro del Derecho Administrativo¹.

Otras tendrán la consideración de ilícitos civiles, ejemplo de ello son las faltas por lesiones, el homicidio por imprudencia leve o el fallecimiento ocurrido tras un accidente de tráfico, sancionados hasta ahora en el ámbito penal en los Juzgados de Instrucción mediante Juicio de Faltas -que señalaban la existencia de responsabilidad y la obligación de indemnizar- pasarán ahora a la vía extrajudicial, siendo competencia de la Jurisdicción Civil en sede de los Juzgados de Primera Instancia que resolverán mediante Juicio Verbal el litigio.

Se instituye la figura de los “delitos leves”, que según la Exposición de Motivos (en adelante EM) son infracciones que se mantienen por ser merecedoras del suficiente reproche punitivo, siendo sancionables la mayoría de ellas con penas de multa. La consideración de delito leve se establece en base a la pena prevista por su extensión, que ha de estar entre los parámetros de leve y menos grave. Hay una terna de delitos leves que son perseguibles previa denuncia de parte, como es el hecho tipificado de lesiones leves -como es el caso de aquellas lesiones leves que se detectaban en la consulta sanitaria -que hasta la actualidad el médico estaba obligado a ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial y a partir de la entrada en vigor de la reforma, solo será perseguible previa denuncia de parte. Cesa la incoación de oficio.

¹ ABOGACIA ESPAÑOLA Consejo General. “El BOE publica la Ley de Seguridad Ciudadana y la reforma del Código Penal con el rechazo de la Abogacía”. Disponible (31-03-2015). <http://www.abogacia.es/2015/03/31/el-boe-publica-la-ley-de-seguridad-ciudadana-y-la-reforma-del-codigo-penal-con-el-rechazo-de-la-abogacia/>

En el artículo se hace mención a la aprobación del nuevo CP señalando que muchos pequeños delitos serán considerados infracciones administrativas, incorporados a la Ley de Seguridad Ciudadana, lo que supondrá sanciones de importes más elevados para determinadas conductas previstas en la citada ley. Además, la presunción de inocencia que prevalece en el orden penal será sustituida por la presunción de veracidad de los atestados administrativos, de modo que el ciudadano denunciado perderá garantías a la hora de defenderse

2.2.- Los delitos leves

Los delitos leves tienen su origen en la última reforma del Código Penal, como se ha adelantado en líneas anteriores. Ello se debe a la supresión del Libro III dedicado a las faltas y sus penas, llevada a cabo por la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 1/2015. En el nuevo texto solo persisten las infracciones con empaque, que puedan obtener el suficiente reproche punitivo para ser consideradas delito, constituyéndose como delitos leves sancionados con penas de multa, excepto en los supuestos de violencia de género y doméstica, en cuyo caso también se puede aplicar la pena de localización permanente y trabajo en beneficio de la comunidad. A diferencia de lo que se establece para delitos graves y menos graves, la condición de delito leve se atribuye cuando la pena prevista, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, según reza en el modificado artículo 13 y en la EM (XXXI).²

En virtud del artículo 131.1, el plazo de prescripción de los delitos leves será de un año. En relación a los efectos de consideración de agravante de reincidencia, no se computarán como antecedentes penales en estos delitos (artículo 22.8 CP). Sin embargo, la existencia de antecedentes penales por la comisión de estos delitos no impedirá que el Juez o Tribunal acuerde la suspensión de posteriores condenas (artículo 80.2CP). Es decir, la comisión de delitos leves dará lugar a la existencia de antecedentes penales, que se incorporan a esta nueva tipificación, aun cuando no se apreciará la agravante de reincidencia ni se podrá tener en consideración a efectos de suspensión de la ejecución de la pena.

La sanción que corresponde a estos delitos, será la de multa de hasta tres meses (artículo 33 CP), y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago (artículo 53.1 CP). En el supuesto que el condenado no satisficiera la cantidad impuesta en la

² .- En la modificación del artículo 13 se establece, que tendrá la siguiente redacción:

3. “Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve”.

4. “Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.”

multa de forma voluntaria o bien por vía de apremio -que consistirá en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas- podrá cumplirlas mediante localización permanente³. Se contempla para estos delitos leves, la pena accesoria de alejamiento cuyo plazo será de un máximo de seis meses (artículo 57.3 CP). Sin embargo, otros delitos catalogados como leves, las penas asignadas se corresponden con las de menos grave. Tal es el caso del delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, o el abandono de animales domésticos (artículos 142.2; 152.2 y 337 bis).

La tipificación de los delitos leves y sus penas se corresponden aproximadamente con el siguiente esquema:

| ARTICULO | DELITO | PENA |
|----------|---|---|
| 142.2 | Homicidio por imprudencia menos grave | Multa de 3 a 18 meses. En aplicación de los arts 13.3; 33.g) y 13.4 |
| 142.2 | Lesiones de escasa gravedad | Multa de 1 a 3 meses. A las víctimas vulnerables se les aplica el art 153 |
| 147.3 | Maltrato de obra | Multa de 1 a 2 meses. A víctimas vulnerables se aplica el art 153 |
| 152.2 | Lesiones graves por imprudencia menos grave | Multa de 3 a 12 meses |

³ .- GUTIÉRREZ ROMERO F. M (Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 2 de Sevilla).- Artículo Monográfico. Abril 2015. C:\Documents and Settings\ADMIN\Escritorio\LO 1-2015\Artículo Monográfico_ Abril 2015.mht

| | | |
|---|--|--|
| 171.7 | Amenazas leves | Multa de 1 a 3 meses |
| 171.7.párrf 2º 172.3 párrf 2º 173.4 | -Amenazas leves en Violencia de género y doméstica. -Coacciones leves en Violencia de género y doméstica -Injurias y vejaciones. Violencia de género y doméstica | <i>-Localización permanente de 5 a 30 días (en domicilio distinto al de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad (de 5 a 30 días) o, multa de 1 a 4 meses. Las penas de TBC y LP son alternativas. (Se evita imponer la multa por los perjuicios que se pueden causar a la víctima)</i> |
| 172.3 | Coacciones leves | Multa de 1 a 3 meses |
| 203.2 | Entrar o mantenerse en domicilio público, de escasa gravedad.. | Multa de 1 a 3 meses |
| 234.2 | Hurto menos de 400 € | Multa de 1 a 3 meses |
| 246.2 | Alteración de lindes menos de 400 € | Multa de 1 a 3 meses |
| 247.2 | Distracción de aguas de menos de 400 € | Multa de 1 a 3 meses |
| 249 | Estafa menos de 400 € | Multa de 1 a 3 meses |
| 252.2 | Administración desleal de menos de 400 € | Multa de 1 a 3 meses |
| 253.2 | Apropiación de cosa perdida o abandonada de menos de 400 € | Multa de 1 a 3 meses |
| 254.2 | Apropiación de cosa recibida de menos de 400 € | Multa de 1 a 2 meses |
| 255.2 | -Defraudación eléctrica | Multa de 1 a 3 meses |

| | | |
|---|--|---|
| 256.2 263 | menos de 400 € -Defraudación en telecomunicaciones de menos de 400 € -Daños de menos de 400 € | |
| 270.2 párrf 2º 274.3 párrf 2º | -Delito contra la propiedad intelectual de escasa gravedad -Delitos contra la propiedad industrial de escasa gravedad | Multa de 1 a 6 meses, o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días |
| 337.4 337 bis | -Maltrato de animales -Abandono de animales | Multa de 1 a 6 meses |
| 386 389 402 bis 556 párrf 2º | -Distribución de moneda falsa menos de 400 € -Distribución de sellos o efectos timbrados menos de 400 € -Uso indebido de uniforme -Falta de respeto y consideración a la autoridad en el ejercicio de sus funciones | Multa de 1 a 3 meses |

Fuente: Código Penal.

Los delitos leves serán perseguibles a instancia de parte, mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante, excepto en materia de violencia de género.

El enjuiciamiento y la instrucción de estos delitos se regirá por el procedimiento de faltas (artículos 962 a 977 de LECrim), aplicando las modificaciones comprendidas en la Disposición final segunda de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal, apartados 9 a 17.

Del análisis de estos nuevos delitos se desprende la existencia de una agravación considerable de la pena, en relación con la anterior catalogación como falta, sin que ello resulte justificado por parte del legislador. El principio de proporcionalidad se consagra como principio general del ordenamiento jurídico en su conjunto⁴, con el objetivo de limitar la discrecionalidad en el ejercicio estatal de la actividad de control de toda clase de facultades de actuación, y específicamente los que se vinculan con el ejercicio de los derechos fundamentales. Para HIRSCHBERG, como creador del principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Administrativo, reconocía que en la rama penal, y de forma genérica, que el principio de proporcionalidad en sentido estricto implicaba que los medios deben estar en una relación adecuada con los fines que se persiguen. Y en la especificidad penal, que no se conectan a un solo fin empírico, este principio lo traducía en sentido que los medios no pueden resultar desproporcionados, es decir que deben permanecer en una “relación adecuada a la gravedad del hecho”⁵.

En el ámbito penal se requiere del principio de proporcionalidad en la intervención del estado frente al ciudadano, como prohibición del exceso, igualmente se aplica en el Derecho Administrativo en relación a las medidas que restringen derechos⁶, y de forma generalizada a todo el ordenamiento jurídico mediante las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que los medios de actuación estatal –idóneos y necesarios- guarden relación razonable con el fin perseguido, en una ponderación entre la privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con las penas previstas o impuestas⁷, es decir el equilibrio entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la intimación penal. El contenido enlaza con la concreción de la finalidad del

⁴ .-AGUADO CORREA, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal” 1999, p 56.y SANCHEZ GARCIA DE PAZ I, “Principio constitucional de proporcionalidad”, pp 1117 y 1118.

⁵ .-. HIRSCHBERG, “*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*” 1981, p 75. En NAVARRO FRÍAS, I “*El principio de proporcionalidad en sentido estricto*“, Indret 2/2010, p 11

⁶ .-DE LA MATA BARRANCO N, “El principio de proporcionalidad penal”, Ed Tirant lo Blanch, pp 16 ss

⁷ .-BERDUGO/ARROYO/GARCIA/FERRÉ/SERRANO-PIEDECASAS, “Derecho penal. Parte general” p 55

Derecho Penal y la pena, que será la que permita enjuiciar los beneficios derivados de la intervención⁸

2.3.-La incorporación del criterio de oportunidad

La Ley de reforma del CP de 1/2015 contempla en la Disposición Final Primera la reforma del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la tramitación de los “juicios por delitos leves”, modificando los artículos 962 y siguientes, que será similar al actual juicio de faltas. Corresponde el enjuiciamiento al Juzgado de Instrucción, excepto en asuntos de violencia de género que será competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (artículo 14.5 LECrim).

En el juicio sobre delitos leves, como novedad se introduce un criterio de oportunidad, se justifica en los supuestos de escasa gravedad o falta de interés público, y a instancias del Ministerio Fiscal, el Juez está facultado para sobreseer o archivar el procedimiento. El criterio de oportunidad se introduce como instrumento que permite a los jueces y tribunales prescindir de la sanción penal en conductas de escasísima gravedad, con el objetivo que se plantea el CP en esta reforma para llevar a cabo el principio de intervención mínima o última ratio en estos delitos. A la vez que, permite descargar a los tribunales de tramitaciones de escasa relevancia (EM XXXI)⁹.

El principio de oportunidad, lo define GIMENO-SENDRA como “*la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones,*

⁸ .-AGUADO CORREA, op, cit, p 292

⁹ .- Se modifica el artículo 963, que queda redactado como sigue:

«1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones:

1.ª 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.

En este caso comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados conforme al apartado 1 del artículo anterior.

El sobreseimiento del procedimiento será notificado a los ofendidos por el delito

de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”¹⁰. Este principio se encuentra incorporado a distintos ordenamientos jurídicos europeos, empero donde su regulación es más exhaustiva sin duda es en Alemania, sirviendo de referente de la Recomendación N° 87 (18) del Comité del Consejo de Europa sobre la Simplificación de la Justicia Penal de 1.987 que recomienda incluir este principio, siempre que el contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros lo permitan estableciendo los requisitos para su aplicación.

El Derecho Penal se inspira en el principio de intervención mínima o última ratio, corolario de la protección de bienes jurídicos como límite punitivo del Estado¹¹. Una consecuencia inmediata del principio de protección de bienes jurídicos justificaría la mediación penal basada en la despenalización de ciertos tipos penales, permitiendo la privatización de conductas que forman parte del nuevo CP en relación a los denominados delitos leves como forma alternativa de resolución del conflicto penal, bajo la figura de la “diversión”.¹² En relación a la afirmación sobre la privatización de las conductas sometidas a mediación, cabe introducir el argumento en sentido contrario: la mediación no puede consistir en una privatización de la justicia penal absoluta porque

¹⁰ .- GIMENO SENDRA, “Los procedimientos penales simplificados” “Principios de oportunidad y proceso penal monitorio”, en Justicia (2), 1987, p. 350

¹¹ .-MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte general*, pp.78-84 y BERDUGO, I., y otros, *Curso de Derecho penal, Parte General*, ., pp.72-74

¹² .-GORDILLO SANTANA, L- *Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco...Redur 4/2006*, p, 10 www.unirioja.es/dd/redur/nuemero4/gordillo.Esta cuestión nos llevaría a una visión que justificaría la mediación penal bajo la fundamentación de la despenalización de ciertos tipos penales y la privatización de conductas que hoy por hoy forman parte del Derecho penal. Es decir, la privatización de ciertas áreas del Derecho penal, bajo el argumento del principio de intervención mínima. Objetivamente, este enfoque corresponde a aquellas visiones de la mediación que abogan por la aplicación de la misma fuera del ámbito del Derecho penal como procedimiento alternativo al mismo, bajo la figura de la “diversión” GORDILLO SANTANA, L. F., *La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia*, op. cit, , pp. 597 y ss., manifiesta que: “en aquellos supuestos donde el interés general de persecución por la falta de trascendencia de la conducta a nivel social o su irrelevancia así lo aconseje se proceda a introducir nuevos métodos de regulación de conflictos enfocados a la reparación penal, ya que preservaríamos por un lado, el efecto preventivo que general del Derecho penal y, por otro, nos acogeríamos a los beneficios resocializadores que genera la mediación penal. La remisión a áreas como el Derecho civil nos hace perder las ventajas que ofrece el proceso penal y el Derecho penal de cara al esclarecimiento de los hechos, detección de responsables y control, etc.”.QUERALT, J. J., “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos”, en *Política criminal y un nuevo Derecho penal*, libro homenaje a Claus Roxin. J. M Bosch, Barcelona, 1997, también en *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho penal*, Coor. Luis Miguel Reyna Alfaro, Ara Editores, Lima, Perú, 2003, pp.191-242 , p.148 y “La mediación en España y perspectivas internacionales”,op.cit. , pp. 347 y 348 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Sobre la relevancia jurídico penal...”, op. cit, p. 193. Cfr.,-

el Estado mantiene las competencias sobre la reglamentación de la misma, dicta los límites objetivos y subjetivos. Es decir, cabe el sometimiento de estos delitos a mediación, sin embargo el Estado interviene delimitando los objetivos, subjetivos, estructura, forma y la aplicación procesal en la mediación mediante la fijación reglamentaria, amparada por derechos, garantías y principios.

El principio de legalidad constituye un pilar fundamental constitucional (artículo 25.1 CE) en el Derecho Penal, como garantía y límite principal al ejercicio de la potestad punitiva del Estado que impide que éste pueda injerir penalmente las fronteras que la ley delimita, como garantía que pueden ejercer los ciudadanos. Forma parte del mismo principio la garantía jurisdiccional, el derecho a la tutela efectiva, la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y establece que será mediante ley orgánica el establecimiento de penas que afecten a los derechos y libertades públicas (artículos 24, 9.3 y 81 CE)¹³.

Sin embargo, surge el debate entorno a la utilidad del principio de oportunidad, tanto si es con carácter reglado como discrecional. El principio de legalidad se contrapone al de oportunidad, y a la vez, el principio de legalidad se ha considerado intocable por el concepto retributivo que tiene la sanción penal, aunque surgen cuestionamientos sobre algunos aspectos, como por ejemplo sobre los derechos individuales en relación al proceso debido¹⁴.

La misión que el Ministerio Fiscal (artículo 124 CE) tiene encomendado es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los

¹³ .- Artículo 25.1CE “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”. SSTC 21 de enero de 1988 y 19 de julio de 1989, citadas en MUÑOZ CONDE F., y GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal*,..., op.cit., pp. 101. El TCE afirma que” “*el principio de legalidad contiene en primer lugar una garantía material que se corresponde con la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes, es decir, proporciona la necesaria seguridad jurídica sobre cuáles son las conductas incriminadas y las penas que se les asignan. Pero además el principio de legalidad conlleva una garantía formal que hace exigible que las leyes penales sean promulgadas con determinado rango*”.

¹⁴ .- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “*El principio de oportunidad*”, Consejo General del Poder Judicial, Proceso penal y actuación de oficio de jueces y Tribunales, 2002, www.poderjudicial.es. Hay que tener en cuenta que la CE introdujo el proceso acusatorio, que reconoce derechos individuales anteriores al Estado, entre otros, el derecho al proceso debido.

ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados (principios de legalidad e imparcialidad). El mismo contenido se contempla en el artículo 105 LECrim y en el 2.1 del Estatuto del Ministerio Fiscal. Ante un delito el Ministerio Fiscal encargado de la acusación, puede instar ante el Juez, el sobreseimiento por razones de oportunidad, en aquellos casos en los que la ley tipifica la condena. Le estaría permitido la no persecución de los delitos leves por no considerarlos convenientes en atención a la escasa gravedad o falta de interés público. Un sector doctrinal se posiciona en contra de dicha afirmación, aduciendo que el principio de legalidad prohíbe al Ministerio Fiscal o los funcionarios encargados de su persecución, potestad discrecional para apreciar la oportunidad para incoar el proceso penal, aunque se den los requisitos objetivos previstos en la ley.¹⁵

Frente al argumento expuesto, cabe alegar que la Constitución promulga la defensa de la legalidad y paralelamente los derechos de los ciudadanos y el interés público, y ante determinados delitos leves, justificados en la escasa gravedad y la falta de interés público, el principio de oportunidad reglado o la mediación penal estarían justificados. En esta línea, y resumiendo, se expresa ERNESTO LUQUIN: “Actualmente hay dos tendencias opuestas que abordan la oportunidad de la intervención penal. Por un lado existe la “huida hacia el Derecho Penal” que aboga por una “expansión del Derecho Penal”, donde se plantea sancionar penalmente más conductas. Por otro lado está la propuesta de un Derecho Penal mínimo. En lo personal me adhiero al planteamiento de reducir la esfera de actuación del Derecho Penal, ya que considero que en un Estado social y democrático de Derecho, la intervención penal debe limitarse a los casos más extremos, dejando al Derecho Administrativo sancionador o a otras instancias la atención de resolver conflictos en que intervengan bienes de menor valor¹⁶”

En los Anteproyectos de Reforma de la ley procesal (en adelante ALECRim) se contempla la aplicación del principio de oportunidad y la mediación como instrumento, si

¹⁵ .- CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal", Revista del Poder Judicial, número especial VI: protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales y libertades públicas y SANCHO GARGALLO, I., "Legalidad, oportunidad y...", www.poderjudicial.es

¹⁶ .-LUQUIN ERNESTO, "El Derecho Penal a juicio". p, 210.-
<https://books.google.es/books?isbn=9707680946>

bien su abordaje se manifiesta de forma desigual en ambos proyectos. En la EM (XXIV) del ALECrím 2011, se contempla la institución de la mediación como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad, sin que ello suponga una renuncia del Estado al *ius puniendi*, se concibe como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no satisfaga los fines públicos de prevención y si satisfaga los intereses particulares de la víctima. La mediación en su fase interprocesal, no contradice la exclusividad jurisdiccional penal ni el monopolio del *ius puniendi* estatal, porque serán garantes los juzgados y tribunales del desarrollo de la mediación, y las prevenciones procesales garantizarán la presunción de inocencia y los derechos procesales de las víctimas, partiendo de que el desarrollo de la mediación se celebrará en un ámbito reglado y estará amparado por el principio de oportunidad y se reflejará cuando se produzca el sobreseimiento o cuando se dicte sentencia¹⁷ Encomienda al fiscal la apreciación de la concurrencia del supuesto, y permite su archivo por oportunidad o la imposición de una pena reducida. Los sistemas procesales penales dotados del principio de oportunidad, confieren al Ministerio Fiscal el poder de disposición de la acción penal, que le faculta para no ejercitarla e iniciar una vía alternativa al proceso.¹⁸ El resultado de la mediación podrá ser la falta de composición, continuando el procedimiento penal, o bien si la mediación continúa dará lugar a la finalización de las actuaciones con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado o con sentencia condenatoria mediante conformidad premiada.

En la EM del ALCrím 2012 el principio de oportunidad se instaura con carácter general, incorporándolo a la posibilidad de suspensión o sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad, no incluyéndose entre los motivos previstos la mediación penal como causa. No se vincula el principio de oportunidad a la mediación y la satisfacción de la víctima, únicamente existe la posibilidad de archivar por razones de oportunidad en base a los resultados de la mediación –como causal primera- a los supuestos menos graves y de escaso interés público¹⁹

¹⁷ -. EXTEBERRIA GURIDI P, “*La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español*”, Revista de la Administración Pública Vasca Nº 99-100,2014, Aranzadi, p 1276. GONZALEZ CANO Mª I, “*La mediación en el proceso penal ...*” p 307

¹⁸ -.CUADRARO SALINAS C./ MORENO CATENA V, y otros “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal” Ed Tirant lo blanc 2015, p 893

¹⁹ -.EXTEBERRIA GURIDI P, op, cit, p 1278

De ambas lecturas podemos concluir que en ALCrim de 2011, la mediación penal se vincula al principio de oportunidad, sin embargo en el ALCrim 2012 se vincula a la justicia restaurativa, sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad. Como refleja ETXEBERRIA GURIDI, en la versión de 2012, “es acertado afirmar que la mediación penal no está vinculada necesariamente al principio de oportunidad o de la conformidad, sino que su verdadero fundamento es la justicia restaurativa. Pero también es cierto que el acuerdo compositivo ha de ser canalizado procesalmente de algún modo y el principio de oportunidad o la conformidad pueden ser una vía para ello”²⁰

No debemos olvidarnos de la víctima, que es titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, aun cuando para la doctrina jurídica es exclusivamente el sujeto pasivo. En esta línea se manifiesta DE LA CUESTA, argumentando que la víctima es el sujeto individual o colectivo²¹. Otros autores, por el contrario, distinguen entre la víctima sujeto pasivo *strictu sensu*, como perjudicada del delito y los terceros que no son titulares del bien jurídico protegido o puesto en peligro sin embargo, resultan perjudicados por la comisión del mismo.

Ante esta imprecisión, GALAIN PALERMO, señala que en España no hay una definición penal sobre el concepto de víctima, como víctima directa, titular del bien jurídico lesionado, puesto en peligro, en sentido estricto²². Para paliar el déficit denunciado se aprueba mediante Ley Orgánica el Estatuto de la Víctima, 4/2015, de 27 de abril. En su artículo 2, expresa el concepto subjetivo de víctima.

²⁰ .-ETXEBERRIA GURIDI P, op cit pp 1268 y 1269

²¹ .-DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL. “La reparación de la víctima en el Derecho Penal Español”, en “Las víctimas del delito” DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL, y BERISTAIN, A. Instituto Vasco de Criminología Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988, p, 139. “titular del bien jurídico (vida, integridad, honor...) que a través de la prohibición penal se intenta salvaguardar y proteger, sujeto en ocasiones genérico pero que habitualmente coincide con el llamado sujeto pasivo de la acción, víctima directa, en su propia carne, del actuar delictivo”

²² .-GALAIN PALERMO, P. “La reparación del daño a la víctima del delito”. Edt Tirant lo Blanch. Valencia 2010

3.-EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA JUSTICIA RESTAURATIVA: LA MEDIACIÓN PENAL

3.1.-El Estatuto de la víctima del delito

El Estatuto de la víctima regulado en la Ley 4/2015, de 27 de abril, es fruto de la transposición de la Directiva Europea 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de, 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Recoge además, la demanda de la sociedad española. Se trata de un Estatuto que reúne los derechos generales de la víctima, procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos. La Directiva establece como plazo para su incorporación al derecho interno, la fecha de 16 de noviembre de 2015.

Las víctimas consideradas de especial vulnerabilidad, se incluyen en el Estatuto, mediante la transposición de la Directiva 2011/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, referente a *“la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil”*. Y de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, correspondiente a *“la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas”*. Entrará en vigor el próximo 28 de octubre del año en curso.

La finalidad de esta Ley es aglutinar en un solo texto jurídico el marco de protección a la víctima del delito, desde un punto de vista jurídico- social, de reparación del daño en el marco del proceso penal, minimizadora de los efectos traumáticos en lo moral que su condición pueda generar, independientemente de la situación procesal. Reconoce la dignidad de las víctimas, la defensa de los bienes materiales y morales, y con ello los del conjunto de la sociedad, dando solución a la demanda que la misma requería y transponiendo las Directivas de la Unión Europea referentes a la materia, según la EM.

El Estatuto trae causa de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que recoge los derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal, como son la protección e indemnización, como primer proyecto profundo europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea.

Tras comprobar que ningún Estado Miembro cumplía la Decisión Marco, previo informe de la Comisión –abril de 2009- instó la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del Estatuto en un marco normativo y general. En el mencionado informe, España contaba con un marco normativo de derechos de protección de la víctima exclusivamente procesales, o bien relativos a víctimas concretas, como por ejemplo la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual. La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Jurídica del Menor, o la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o la LO 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Tiene vocación de ser un catálogo de los *derechos procesales y extraprocesales* de todas las víctimas, con remisión a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o especial vulnerabilidad, como es el supuesto de los menores. En el contenido del Estatuto destaca el reconocimiento como víctima a los menores inmersos en un ámbito de violencia de género o doméstica. Para adoptar cualquier medida en relación al menor- o la no adopción de las mismas- se tendrá prioritariamente en cuenta el interés superior del menor, durante el proceso penal. Estas medidas se encuentran en el Título III.

Se reconocen los derechos extraprocesales de información, asistencia lingüística gratuita, traducción e interpretación, servicios de apoyo, justicia restaurativa y acompañamiento de persona que designe, se reconocen a todas las víctimas que sean parte en un proceso penal o que no ejerzan ningún tipo de acción, incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal.

Se orienta la atención de las actuaciones a la víctima de forma individualizada. El reconocimiento, la protección y el apoyo, se extiende a diversos aspectos, como son

los materiales, la reparación económica y morales, con especial atención a víctimas que no residan habitualmente en España. Para que las medidas sean efectivas se implica la colaboración institucional, las Administraciones Públicas, el Poder Judicial, colectivos profesionales, personas concretas que por su trabajo tienen relación con las víctimas, y al conjunto de la sociedad, mediante la dotación de protocolos de actuación y coordinación.

El Título II sistematiza los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal, independientemente de las medidas de protección, como es entre otras, la presentación de solicitudes de justicia gratuita, notificación de resoluciones de sobreseimiento, archivo, impugnaciones (con independencia de que se hubieran constituido anteriormente como parte o no en el proceso), obtener la devolución inmediata de efectos de su propiedad y el pago de costas (con preferencia al derecho del Estado a ser indemnizado por los gastos hechos en la causa cuando el delito hubiera sido perseguido únicamente a su instancia o el sobreseimiento de la misma hubiera sido revocado por la estimación del recurso interpuesto por la víctima), a percibir la indemnización correspondiente por los gastos efectuados en la causa.

Se regula la participación de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trate del cumplimiento de condenas de delitos especialmente graves, se facilitan cauces que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al cumplimiento de la condena. Se fundamenta en la colaboración de las víctimas con la justicia, garantiza la confianza y la observancia del principio de legalidad, aun cuando la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por tanto no se ve afectada la reinserción del penado. El sistema de protección que se regula en el Estatuto para hacerlo efectivo durante el proceso, está pensado para evitar la victimización secundaria, que habitualmente se produce cuando la víctima toma contacto con los mecanismos de la Administración de Justicia.

Se articula el procedimiento aplicable a las denuncias presentadas en España por hechos delictivos cometidos en otros países de la Unión Europea, y la comunicación a la víctima de su remisión, y en su caso a las autoridades competentes.

El Estatuto describe el concepto legal unitario de *víctima del delito* en sentido amplio (cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio, físico, moral o material),

incluyendo la víctima indirecta (familiares o asimilados) que no contempla la Directiva Europea, pero si otras normas internacionales, como por ejemplo la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Según la dicción del artículo 2, se refiere únicamente a la persona física como víctima, excluyendo a las personas jurídicas, masas patrimoniales o patrimonios separados, entidades sin personalidad jurídica, colectivos de consumidores, administraciones públicas y entidades dependientes. Expresamente excluye a terceros que hubieran sufrido perjuicio derivado del delito, es coherente pensar que las compañías aseguradoras no serían consideradas víctimas²³. Define a la *víctima directa*, como aquella persona física directamente perjudicada o afectada por el daño, y a la *víctima indirecta* como aquella que ocuparía su lugar en caso de muerte o desaparición de la víctima directa, excepto que se trate del propio responsable del delito. Existe cierta similitud entre el concepto de víctima indirecta que establece el artículo 2.b).1º y 2º del Estatuto y el contenido en el artículo 173.2 del CP.²⁴

3.1.1.- Crítica al Estatuto

²³ KLEIN LÓPEZ J, “Aproximación al derecho y a la criminología”. “Concepto de víctima-Análisis de la Ley 4/2015, de 27 de abril Estatuto de la Víctima”. Disponible: 29 /04/ 2015

C:\Documents and Settings\ADMIN\Escritorio\LO 4-2015\Aproximación al derecho y la criminología abril 2015.htm

²⁴ .-Art 173.2 CP (“...quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación POR la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”).

-Art 2.b).1º y 2º EV: “Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito”

1.-El Estatuto recoge por primera vez un concepto amplio de víctima, amparado e el que figura en la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, aprobada por la Asamblea de General de Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985 (Resolución 40/34). Sin embargo, en la definición de la víctima indirecta, no incluye a las personas que hayan sufrido daños al prevenir el delito o auxiliar a la víctima en peligro, que sí se incluye en la Declaración mencionada. En dicho concepto no se engloba a los menores de edad como víctimas directas de la violencia de género ejercida sobre sus madres, sino que solo se consideran testigos a los que se destina atención especializada, para evitar su revictimación, confiriéndoles “atención especializada, considerándoles titulares de de derechos propios, que han de ser respetados, teniendo en cuenta su interés superior en la adopción de las medidas y resoluciones judiciales, penales y civiles que les afecten. Debería excluirse como víctima indirecta al cónyuge separado, de hecho o de derecho, ya que respecto de la persona unida a la víctima por una relación de análoga afectividad se exige que haya estado unida a ella hasta el momento de la muerte o desaparición”, según apunta el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito, aprobado por el Pleno del CGPJ, de 3 de enero de 2014.

Existe además, una carencia en la unificación del criterio de víctima con respecto a otras normas: Ley de Enjuiciamiento Criminal y Código Penal.

2.-En relación con la mediación penal, (artículo 15) no se menciona ni la gratuidad ni la oficialidad del proceso ni las consecuencias del mismo. Se exige que el infractor reconozca los hechos, sin embargo el proceso de mediación es un medio adecuado para que en el transcurso del mismo, y a través del diálogo pueda llegar al discernimiento de reconocerlos. Aun cuando la doctrina, requiere que el reconocimiento de los hechos por parte del infractor sea el primer paso para acceder al proceso de mediación penal. En este sentido se pronuncia el CGPJ, añadiendo que la mediación no tiene porque limitarse a estos supuesto, puesto que si hay casos en los que será conveniente ese reconocimiento de los hechos, porque lo exija la víctima, o por la fase procesal en la que se encuentre, o por que se busca una sentencia de conformidad, ello no excluiría otros supuestos en los que no exista o pueda excluirse el reconocimiento de los hechos.

Aun cuando recomienda que se limite al reconocimiento de los elementos fácticos del hecho, en virtud de la Directiva 2012/29, artículo 12.1.c), como condición mínima.

3.-El límite temporal para la personación de la víctima, queda fijado como preclusivo antes de la apertura del juicio oral, según el artículo 109 bis LECrim. Opera así, una restricción en relación con la actualidad que perjudica a la víctima, puesto que la jurisprudencia admite la personación de la víctima en el mismo acto del juicio oral, y permite la presentación de conclusiones o la adhesión a las del Ministerio Fiscal, o bien a las de las otras acusaciones y poder acudir así a las conclusiones definitivas.

Se permite a las víctimas no personadas recurrir resoluciones: el auto de sobreseimiento en fase de instrucción, y las resoluciones del Juez de Vigilancia penitenciaria, en fase de ejecución. Concediéndoles para ello un plazo de veinte días, sin embargo, el resto de partes personadas y el Ministerio Fiscal disponen de un plazo de cinco días, que una vez transcurridos se declararía la firmeza de la resolución. Lo cierto es que no puede llevarse a cabo hasta que transcurra el plazo de los veinte días con el que cuentan las víctimas no personadas, por tanto se crea un problema procesal. A ello se opone el CGPJ, señalando que el plazo es extremadamente amplio, y no es equitativo con las partes. La víctima no personada, sí está informada y conoce las actuaciones judiciales, se le permite el acceso a las mismas en cualquier momento, por tanto deberá ser ecuánime con la decisión de no personarse ya que depende exclusivamente dicha decisión, de su voluntad y por tanto deberá asumir sus consecuencias.

4.-En la notificación del auto de sobreseimiento se puede constatar una contradicción entre los artículos 12 y 7. El artículo 12, establece la notificación de la resolución de sobreseimiento a la víctima en todo caso, y el 7.1, señala que la notificación de los autos de sobreseimiento y archivo solo a la víctima que lo haya solicitado. Por otra parte, el artículo 12, permite prescindir de la notificación a todos los familiares cuando la comunicación ya se haya dirigido con éxito a varios de ellos, o cuando la notificación requiera esfuerzos desproporcionados. La expresión última, según indica en su informe el CGPJ, deberá ser suprimida por tener “un carácter subjetivo y discrecional”.

5.-En el artículo 13 se recoge la participación de la víctima en fase de ejecución de la pena. La controversia surge con la permisividad a la víctima de recurrir las resoluciones

del Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin necesidad de abogado y procurador. Tanto la petición o la impugnación responden a forma, tiempo y derecho, y la *causa petendi* debe formularse articuladamente, de ahí la necesidad de intervención de asistencia letrada. El CGPJ se opone a la intervención de la víctima sin asistencia técnica, cuando en la fase de ejecución participen en lo referente al cumplimiento de las penas privativas de libertad, en base a que consideran que dicha pena está orientada en su ejecución a la reeducación y reinserción social, en virtud del artículo 25.2 de la Constitución, y la participación activa de la víctima no contribuye en nada a su estatus, pudiendo perjudicar el cumplimiento de los fines constitucionales de la pena que está cumpliendo el infractor, en su perjuicio y en el de la sociedad. No se permite a la víctima intervenir en los recursos en relación con la suspensión o sustitución de penas privativas de libertad, propone el CGPJ ampliar las resoluciones recurribles por las víctimas e incluir las anteriores y no solo el tercer grado y la libertad condicional.

6.-En el artículo 27 se contempla la organización de Oficinas de asistencia a las víctimas. Se critica que haya que crear una duplicidad de servicios, puesto que se puede atribuir funciones-prevista en la Directiva- de aprovechamiento a las ya existentes, sin que haya que redundar en servicios.²⁵

3.2.-Aplicación del Estatuto a las víctimas de violencia de género

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, proporciona cobertura a las víctimas de violencia de género, cuya regulación se adapta a las disposiciones del Convenio de Estambul de 15 de mayo de 2011, del Consejo de Europa, sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica. No obstante, en el Estatuto también se regula esta problemática específica, según la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género²⁶:

²⁵.- CANO SOLER M^a A, (Dir) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS E, “*La protección de los derechos y garantías de las víctimas en la mediación penal*”, Mayo, 2014, pp 128-131

²⁶ .Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Ley 4/2015. Disponible 04/05/2015 http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/laDelegacionInforma/pdfs/DGVG__INFORMA_Estatuto_d_e_la_Victima_del_Delito.pdf

a).-Se amplían su asistencia y protección dentro del marco de derechos procesales y extraprocesales.

b).-En el artículo 2 del Estatuto, se señala que el cónyuge de la víctima del delito o la persona que hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad, cuando se trate del responsable de los hechos, no tendrá consideración de víctima indirecta.

c).-En virtud del artículo 7, se garantiza la notificación de determinadas resoluciones sin necesidad de que lo soliciten las víctimas (se les notificará de oficio). Se pretende con ello que estén informadas de la situación penitenciaria del inculcado o condenado: de las resoluciones que acuerden prisión, puesta en libertad o fuga del infractor, las que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o modifiquen las existentes, cuando su objetivo fuera garantizar la seguridad de la víctima, excepto que solicite que no le sean notificadas. Las demás víctimas de otros delitos, deberán solicitar dicha notificación.

d).-En el artículo 10, se contempla como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género, para garantizarles los servicios de asistencia, apoyo y recuperación integral. Les serán de aplicación las medidas asistenciales y de protección reguladas en los Títulos I -relativas a los derechos básicos- y III -de protección de las víctimas- del Estatuto. Los beneficiarios de estas medidas serán los hijos menores, los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género.

e).-Las víctimas pueden participar en la ejecución mediante la interposición de recursos contra determinadas resoluciones judiciales, aun cuando no sean parte en la causa, cuando el Juez de Vigilancia Penitenciaria dicte auto sobre (artículo 13):

- La clasificación del penado en tercer grado penitenciario antes de la extinción de la mitad de la condena.

- Sobre los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y cómputo del tiempo para la libertad condicional, y no la suma de las penas impuestas.

- Concesión de la libertad condicional al penado

f).-Las necesidades de protección se tendrán en cuenta en la evaluación individual de la víctima de violencia de género y de trata de seres humanos, para determinar las necesidades especiales de protección (artículo 23). La finalidad de esta medida es evitar la victimización secundaria durante las fases de instrucción y enjuiciamiento. En la valoración se tendrá en cuenta: las características personales de la víctima, la naturaleza del delito, la gravedad de los perjuicios, el riesgo de reiteración del delito y las circunstancias del delito, sobre todo cuando se trate de delitos violentos. La valoración y protección en fase de investigación del delito corresponderán al Juez de Instrucción (supuestos de no violencia de género) y al Juez de Violencia de Género es su caso, y en fase de enjuiciamiento corresponderá al Juez o Tribunal que conozca la causa.

g).-Se refuerza la protección de los hijos e hijas de las mujeres de violencia de género en el marco de la orden de protección, al prever que el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de medidas civiles. Es decir, el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia, por ejemplo. Actualmente, el Juez solo puede adoptar medidas de la orden de protección civiles si lo solicitan las víctimas, su representante legal o el Ministerio Fiscal (se modifica el apartado 7 del artículo 544 ter de la LECrim).

En el concepto de víctima, en virtud del artículo 2, solo cabe aquella que lo sea por un hecho delictivo de resultado, no en los delitos de peligro o riesgo. Tendrá que ser la jurisprudencia quien clarifique esta relación entre los bienes jurídicos protegidos del delito y el concepto de víctima. Cabe preguntarse si cuando se produzca un quebrantamiento de condena, sin resultado lesivo para la víctima y a tenor de ésta Ley, ¿se pueden considerar víctimas? Siguiendo la línea de la Audiencia Provincial de León, y en aplicación del artículo 20.1 de la LO 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género, la relación existente entre el delito de quebrantamiento de condena o de orden de protección en violencia de género, “deberá considerarse correcta la acusación particular de la víctima por tener causa directa en la misma”. En el quebrantamiento de condena el bien protegido es la autoridad de la administración de justicia y no la integridad de la víctima, deduciéndose de ello que no es un bien disponible de ella. Si aplicamos esta jurisprudencia a la pregunta planteada anteriormente, hay que tener en cuenta el origen de la condena y su posible conexión en relación al artículo 13.2 de la Ley 4/2015, que permite la participación de las víctimas

en la ejecución de la sentencia interesando la imposición de medidas o reglas de conducta previstas en la ley al condenado. Se fundamenta la legitimación de la víctima en que pueda derivarse de situación de libertad condicional un peligro para la propia víctima, es decir se pretende garantizar su seguridad cuando el condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima. La reincidencia delictiva sobre la misma víctima, en relación al peligro, justifica la acusación particular en un delito donde el bien jurídico protegido no es la víctima.²⁷

El delito de quebrantamiento de condena se define como aquel que afecta a aquellas conductas penales que atacan el interés de la Administración de Justicia en la efectividad de las resoluciones judiciales, en orden a la ejecución de las penas, medidas de seguridad y medidas cautelares dictadas en un procedimiento penal. Estos delitos se recogen en los artículos 468 a 471 CP, por ello no es de aplicación a quienes se encuentren en situación de rebeldía o pendientes de cumplir ordenen privativa de libertad o medida de seguridad.²⁸

Con carácter extensible a todas las víctimas, se regula en el artículo 35 del Estatuto, la obligación de reembolso en caso de víctimas fraudulentas, condenadas por simulación de delito o denuncia falsa, que hayan ocasionado gastos a la Administración por su reconocimiento, información, protección, apoyo y servicios prestados, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles o penales que procedan.

Desde diferentes fuentes se plantean notas discordantes con el artículo mencionado. Así, desde la Comisión de Violencia de Género de Jueces para la Democracia (JpD) considera necesaria la supresión de la obligación de reembolso tal y como viene inicialmente configurada en el artículo 35 del Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, porque con esta medida disminuirán en el número de denuncias y obligará a reembolsar las cantidades recibidas y el abono de gastos causados a la Administración con un incremento del cincuenta por ciento, a la persona

²⁷ .-Ibídem 23

²⁸ .-ENCICLOPEDIA JURÍDICA. “ *Delito de quebrantamiento de condena*”.www.encyclopedia-juridica.biz14.com/.../delito-de-quebrantamiento-de-c

que se hubiera beneficiado de subvenciones o ayudas percibidas por su condición de víctima y que hubiera sido objeto de alguna de las medidas de protección reguladas en la Ley. Alegan que ello “incidiría directamente en la decisión de formular una denuncia o en la de mantenerla” y como consecuencia disminuirán el número de denuncias y la regulación de los tipos penales quedará sin efecto, pues sin denuncia no se inicia el procedimiento penal ni se puede aplicar la legislación. Resaltan que si se igualan los supuestos para la obligación de reembolso a los supuestos de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, junto con los de denuncia falsa o simulación de delito”supone una confusión de dos realidades totalmente diferenciadas”, debido a que en los primeros supuestos pueden ser frecuentes teniendo en cuenta la dificultad probatoria de estos tipos penales en fase de implementación, en alusión a las Unidades de Valoración Forense Integral previstas. Por otra parte, el número de denuncias falsas o simulación de delito son “escasos” y se encuentran previstas como delito y su correspondiente pena en el artículo 456 CP, con cuya sanción pueden imponerse las correspondientes responsabilidades civiles.²⁹. En el mismo sentido se pronuncia la Fundación Cermi, añadiendo que en su caso hay que tener en cuenta “la especial consideración de las personas con discapacidad como sector más vulnerable, propenso a sufrir agresiones y con más dificultades para defenderse. Otro aspecto de la Ley es la mención expresa “a las organizaciones sociales de las discapacidades, como colaboradora de los poderes públicos en la asistencia y el suministro de apoyos a las víctimas de delitos que presenten una discapacidad”³⁰

3.2.1.- La mediación en delitos de Violencia de Género

Como podemos comprobar el Estatuto de la Víctima en materia de violencia de género nos remite a su ley especial, Ley Orgánica de 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas Integrales par la Protección de la Mujer contra los Actos de Violencia de Género. La aplicación de la mediación penal a los delitos de violencia de género, se

²⁹ .- [www.noticias –juridicas.es/](http://www.noticias-juridicas.es/) . Jueces para la Democracia, advierte que el Estatuto de la Víctima tendrá un efecto disuasorio en las denuncias de violencia de género. Disponible 09/03/2015

³⁰ .-FUNDACIÓN CERMI DE MUJERES. www.fundacioncermimujeres.es. Nuevo Estatuto de la Víctima del Delito. Disponible 14/05/2015

prohíben expresamente en el artículo 87 ter 5º de la LOPJ en relación con el artículo 44 LOVG. El modelo penal y procesal establecido para el tratamiento de estos tipos delictivos no ha operado los resultados esperados, es un modelo que se ha quedado obsoleto, o como lo denominan algunos autores, la “Administración de Justicia ha entrado en crisis”³¹, por tanto se hace necesario un cambio o la introducción de nuevos instrumentos de resolución de conflictos, como es la mediación penal.

Como señala MARTINEZ GARCIA, las razones que impulsan al cambio se basan “en la falta de eficacia demostrada por el proceso penal para prevenir nuevos delitos o para resolver nuevas formas criminológicas, la poca presencia de la víctima en el mismo, los costes excesivos para una justicia desbordada, y no cumple las funciones atribuidas por la Constitución relativas a la prevención general en la sociedad, la reparación de la víctima y la sociedad y la rehabilitación y reinserción del delincuente. Este cambio de perspectiva trae consigo el reconocimiento del ejercicio del *ius puniendi* del Estado para restablecer el orden público dentro del proceso penal, donde se facilite el diálogo y se reconstruya la paz social”³² “devolviendo cierto protagonismo a la sociedad civil y minimizando las consecuencias negativas”³³ que implican los procesos penales.

En este mismo sentido apunta BARONA VILAR, que “la mediación penal no puede ser un postizo, que se añade a un modelo procesal hoy caduco, sino que requiere de una modulación de alguno de los componentes del sistema penal, del sistema

³¹ .-BARONA VILAR, S. “El movimiento de las ADR en el Derecho Comparado” en CASTILLEJO MANZANARES R, “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación” La Ley, Madrid, 2011, pp 459-461. CASTILLEJO MANZANERES, R, “Mediación en el ámbito familiar”, en SOLETO MUÑOZ H, (Dir) “Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos” Ed Tecnos, Madrid, 2011, pp 341-342

³² .-MARTINEZ GARCIA E, (Dir) ETXEBERRIA GURIDI P,/ otros autores “*Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*”. *El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hacia un nuevo modelo de justicia penal?*, Ed Aranzadi 2013, pp 406-407

³³ .-RIOS MARTIN J,C, “*Justicia restaurativa y mediación penal, análisis de una experiencia*” 2005-2008, www.ammediadores.es, p 9 (referencia extraída de la obra de MARTINEZ GARCIA, E, (Dir) ETXEBERRIA GURIDI P,/ otros autores op cit p 407

procesal penal y del sistema penitenciario, amén de la conformación orgánica y competencial de algunos de nuestros órganos jurisdiccionales”.³⁴

La razón por la que no se aplica la mediación penal a los delitos de violencia de género, se fundamenta básicamente en la desigualdad de entre las partes, ni opera la igualdad ni existe un equilibrio entre las partes en conflicto³⁵. Subraya GRANDE SEARA, que “en los supuestos de violencia de género, resulta frecuente una posición de dominio del agresor –frecuentemente hombre sobre la víctima, mujer o menores de edad-, hasta el punto de afirmarse que se llega a anular la personalidad de esta última”. Sin embargo, no todos los casos se pueden sustraer a la “exclusión absoluta del procedimiento de mediación. La violencia o los malos tratos son susceptibles de graduación y no parece convincente excluir en todos ellos, graves y leves, toda posibilidad de mediación”.³⁶ Igualmente es posible que se produzca una intervención inmediata en los casos de violencia de género, sin que ello conlleve un enjuiciamiento rápido, acudiendo a medidas cautelares como las contenidas en la Orden de Protección. Así, la víctima podrá decidir libremente someter su causa al modelo de justicia restaurativa, ya que la protección reforzada de la mujer víctima de violencia de género no es incompatible con la mediación penal. Mantiene la autora, que no todos los actos de violencia del hombre sobre la mujer se justifica la sanción más agravada ni tampoco se imposibilita que se pueda derivar a un procedimiento de mediación penal³⁷.

Se hace necesario disociar las conductas de violencia del hombre sobre la mujer expulsando al Derecho Penal de las políticas de discriminación positiva, que parte de la teoría de la existencia de una situación de desigualdad, para buscar a través de las normas una situación de igualdad. Es decir, habrá que diferenciar situaciones en las que

³⁴ .-BARONA VILAR S,(AA VV) “La mediación penal para adultos” –Prólogo-Ed Tirant lo Blanch, 2009, p 15. vid DE URBANO CASTRILLO E, “La justicia restaurativa penal” la Ley penal nº 73, julio 2010. (referencia extraída de la obra MARTINEZ GARCIA E, (Dir) ETXEBERRIA GURIDI P/ otros autores op cit p 407

³⁵ .-ETXEBERRIA GURIDI P, (Dir)/ otros autores. op cit, p 229

³⁶ .-CAMPO IZQUIERDO, A.L, “Mediación familiar: estudio comparativo de la norma nacional y autonómica” [Actualidad civil](#), ISSN 0213-7100, [Nº 14, 2010](#) , p 1762 (referencia extraída de la obra ETXEBERRIA GURIDI P, op cit, p 229).

³⁷.-PORRES GARCIA I, “La necesaria revisión de la prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género” , pp 100-101

la víctima necesite de protección reforzada, de aquellas en las que la mujer gocen de autonomía suficiente para asumir el hecho y total libertad desde su voluntad para decidir sobre su vida.³⁸ Por ello, se hace necesario un empoderamiento de la mujer para que se le permita decidir con libertad, prevaleciendo su voluntad de poder elegir la vía que mejor satisfaga sus objetivos a la hora de resolver y someter su conflicto a la vía penal o bien a los sistemas de justicia restaurativa, en los casos en los que no exista ningún impedimento para ello. Es tarea del prelegislador tomar en cuenta las necesidades de las víctimas y actuar en consecuencia, desarrollando normas que permitan implementar un sistema de mediación penal reglado aplicable a víctimas de violencia de género.

3.3.- La mediación como método de Justicia Restaurativa en el Estatuto

En el Título preliminar, se recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, que se refiere a los servicios de apoyo y a los de justicia reparadora que se establezcan legalmente, y a las actuaciones a lo largo del proceso en todas sus fases, incluyendo desde las primeras diligencias hasta la ejecución, independientemente del resultado del proceso penal (Título IV)

Se incluye una referencia en el Estatuto que posibilita la actuación de los servicios de justicia restaurativa, señalando en el Estatuto que se supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral existente entre ambos. La actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos por el autor. Se excluye la actuación de estos servicios cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier perjuicio. (Título VI)

La Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, por las que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco

³⁸ .-LARRAURI E, “Criminología crítica y violencia de género” Ed Trota, Madrid, 2007, p 19

2001/220/JAI del Consejo. En su artículo 2.d) define la justicia reparadora como, “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”.

En el considerando 46 de la misma Directiva, se establece que “Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio. Los procedimientos de justicia reparadora han de ser, en principio, confidenciales, a menos que las partes lo acuerden de otro modo o que el Derecho nacional disponga otra cosa por razones de especial interés general. Se podrá considerar que factores tales como las amenazas o cualquier forma de violencia cometida durante el proceso exigen la divulgación por razones de interés general”.

El artículo 5.1.k) del Estatuto, establece el derecho de información desde el primer contacto con las autoridades competentes: 1.-“Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos”: entre otros, recoge en el apartado k) “Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible”. En el artículo 15, del mismo cuerpo legal, especifica que las víctimas podrán acceder a los servicios de justicia restaurativa en los términos que los determinen los reglamentos, para obtener una adecuada reparación material y moral de

los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan una serie de requisitos: que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad. Que la víctima haya prestado su consentimiento después de haber recibido información imparcial sobre su contenido y los posibles resultados y procedimientos existentes. Que el infractor haya prestado su consentimiento. Que el procedimiento de mediación no entrañe riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista peligro que pueda causarle nuevos perjuicios materiales o morales. Que no este prohibida por ley para el delito cometido. Determina que los debates del procedimiento de mediación deberán ser confidenciales y solo podrán ser difundidos con el consentimiento de las partes. Las partes profesionales y mediadores, están sujetos al secreto profesional. Y por último, la víctima y el victimario podrán revocar su consentimiento en cualquier momento para no someterse a este procedimiento. En relación a las funciones de apoyo a las actuaciones de justicia restaurativa y de solución extraprocésal, el artículo 29 del texto, obliga a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas a prestar en los términos que se determine mediante reglamento, apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos cuya solución sea extraprocésal que legalmente se establezcan.

Para amparar las garantías que afectan a los derechos de las partes derivados al proceso de justicia restaurativa, independientemente de la técnica o sistema que se emplee, será el Juez o Tribunal quien deba garantizarlas, como señala SUBIJANA, deberá velar para que se cumplan las garantías de: autonomía, protección a las víctimas, trato como inocente del imputado, de reparación del daño injusto y privacidad. Restringiéndolas en este caso, al ámbito de estudio de la mediación.³⁹

Apunta el referido autor, que para perseverar la *garantía de autonomía*, es necesario que cuando se derive un asunto a mediación, el desarrollo del mismo y el acuerdo que se alcance nazca de un consentimiento libre e informado de la víctima y del imputado. Destaca dos aspectos: las víctimas vulnerables y la función de los abogados como orientadores jurídicos. Tomando en cuenta a las víctimas especialmente vulnerables, indica que necesitarán tutela reforzada, prestada por el Juez o Tribunal mediante especial ponderación individualizando cada caso para evitar que la edad,

³⁹.-SUBIJANA I. “La mediación penal como técnica de justicia restaurativa (A propósito de la próxima entrada en vigor de la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del delito)”. Disponible 04/05/2015. www.hayderecho.com/

discapacidad o asimetría de poder puedan limitar su capacidad para consentir libre y voluntariamente. Con respecto a la función de los abogados/as como orientadores jurídicos de ambas partes, dice que es un proceso comunicativo que deberá ser fruto de la voluntad informada. Para ello es necesario que el Juez o Tribunal, a través de la Secretaría Judicial, comunique a las partes y a los abogados la derivación del caso a mediación y los efectos jurídicos que la decisión pudiera tener en el procedimiento. En referencia a la participación de los abogados/as en el proceso de mediación plantea su participación en tres actos: en el primero, correspondiente a la sesión informativa sobre la mediación, donde el mediador informa sobre las condiciones, características y efectos del espacio comunicativo de mediación, para que los abogados/as de ambas partes puedan asesorar a sus clientes sobre la conveniencia o no de iniciar la mediación. En el segundo, si las partes deciden iniciar la mediación los abogados/as o tomarán parte en las sesiones, aunque pueden mantener el contacto fuera de ellas para conocer la voluntad de las partes sobre si continua o abandonan la mediación. En el tercer acto, los abogados/as y el Ministerio Fiscal recibirían el acta de reparación que daría las pautas para preparar la estrategia procesal y como ingresar los resultados obtenidos en la mediación al procedimiento.

Para *garantizar la protección a las víctimas*, propone que su derivación a mediación será viable cuando no exista riesgo de victimización secundaria, reiterada, intimidación o represalias. Para lo cual el espacio de comunicación deberá ser seguro y competente, lo que demanda del Juez o Tribunal que tome en consideración la naturaleza y gravedad del delito, la intensidad del daño causado o la existencia de dominación violenta psicofísica o sexual. Reivindica una neutralización de riesgos, que se logrará con la intervención del Ministerio Fiscal en su faceta de actor de la justicia en interés de la sociedad –artículo 124.1 CE- como protector de los derechos de las víctimas y preservador de las garantías procesales- artículo 773.1 LECrim-antes de acordar la derivación a mediación el Juez o Tribunal deberá comunicarlo al Ministerio Fiscal, en caso de oponerse, no procede su derivación.⁴⁰

Solo cabe derivar a mediación cuando el imputado haya reconocido los elementos fácticos del caso, como método de *garantía de trato como inocente del*

⁴⁰ .-Ibídem 39

imputado. Añadiendo que la presunción de inocencia tiene dos vertientes, como regla de procedimiento y como regla de juicio. La primera radica en tratar al acusado durante todo el proceso como inocente hasta que se dicte sentencia de culpabilidad. Y como regla de juicio obliga a que la sentencia de culpabilidad se dicte inequívocamente y sea concluyente prueba de cargo. La presunción de inocencia como regla de tratamiento exige que no haya derivación si el acusado niega la pertenencia del hecho, lo contrario supondría tratar como presunto culpable a quien se presume inocente. Continúa el autor subrayando, que sería diferente si admitiera que el hecho sustancialmente le pertenece, porque estima que no es típico, o que siendo típico no es injusto, o por valorar que siendo injusto no es reprochable.⁴¹

Para llevar a efecto la *garantía de la reparación*, exige que el objeto de la mediación sea la restauración del conflicto generado por la infracción penal, para que obtener la paz individual y social. Propone el autor, que se puede lograr la restauración mediante la combinación de estrategias de compensación, como pueden ser la económica, la prestacional, la terapéutica o la simbólica. A efectos del concepto en el artículo 112 del CP, la reparación puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer; podrían consistir en abonos de indemnizaciones, realización de actividades específicas, seguimiento de tratamientos terapéuticos, prohibición de ejecución de algunos comportamientos o petición de disculpas, a cambio cabría la posibilidad de suspensión o sustitución de pena de prisión. Cierra el marco de posibilidades a la idoneidad del acuerdo sea el que ambas partes pacten y desde el punto de vista social sea el que permita el cumplimiento de las necesidades de prevención especial y general.⁴²

Finaliza con la *garantía de privacidad*, señalando que exige que el espacio de comunicación sea confidencial y que nada de lo acordado o tratado pueda acceder al procedimiento sin el consentimiento conjunto de la afirmada víctima e imputado. Dota a esta garantía de tres exigencias:

- Primera: que la falta de inicio o la falta de culminación de mediación sea comunicada el Juez o Tribunal sin especificar el motivo ni la razón.

⁴¹ .-Ibídem 39

⁴² .-Ibídem 39

- Segunda: que si hubiera juicio, no podrá aportarse como prueba lo ocurrido en mediación, por parte de ninguno de los intervinientes ni por las partes.
- Tercera: si la mediación culmina con acuerdo, el acta de reparación se entregará a las partes y al Ministerio Fiscal sin remitirla al Juez o Tribunal para evitar que se utilice como prueba incorporándola al procedimiento. Solo se remitirá cuando se garantice que el acta de reparación no se incorporará al procedimiento como elemento probatorio, y ocurrirá cuando se comunique al Juez o Tribunal la existencia de conformidad, será necesario un control previo de legalidad de la propuesta de conformidad –una vez alcanzado el acuerdo- para incorporarla a la sentencia.⁴³

A las garantías anteriormente mencionadas, cabe añadir la de tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) como derecho fundamental básico. El LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN EUROPEA, establece que “la mediación no puede en ningún caso cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva, privando al ciudadano del acceso al proceso judicial, sino todo lo contrario, más bien evita la lesión de ese principio fundamental dado la saturación judicial existente y la dilación de los procedimientos en esa vía. El carácter complementario de las ADR, queda claro en el Libro anteriormente señalado, donde se aprecia claramente que su uso queda dentro de la tutela que garantiza cualquier Estado a sus ciudadanos, sin renuncia a que ésta pueda ser también de carácter judicial.⁴⁴ Nos hallamos ante modos de tutela judicial efectiva en el caso del uso de la mediación, es la existencia de una mediación intrajudicial, derivación a mediación desde dentro del propio proceso. Por la que se ha de concluir que la mediación no se ha de contemplar como una alternativa a la tutela judicial efectiva, sino como una forma más de prestar esa tutela judicial efectiva.⁴⁵

⁴³ .-Ibídem 39

⁴⁴ .-LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN EUROPEA de 19 de abril de 2002, p 9. “Las ADR desempeñan un papel complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, habitualmente, los métodos aplicados en las ADR se adaptan mejor al carácter de los litigios. De esta manera las ADR pueden permitir a las partes entablar un diálogo, que de otro modo hubiera sido imposible entablar, y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales”

⁴⁵ .-GARCIA FERNÁNDEZ, M^a A. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Nº 07 Septiembre 2014. ISSN 2255-1824. . “La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa”. Disponible <http://hdl.handle.net/10835/3286>. (07/12/2015)

Se complementan las garantías con los principios básicos de todo procedimiento de mediación⁴⁶, contenidos en multiplicidad de leyes, como son: la voluntariedad, imparcialidad, oficialidad, gratuidad, neutralidad y profesionalidad del mediador, flexibilidad, confidencialidad, el carácter personalísimo, principio de la igualdad de las partes y la buena fe durante el proceso.

Reclama DOMINGUEZ, como Presidenta de la Asociación de Justicia Restaurativa, un criterio de igualdad para su implementación en todas las comunidades y un proceso de actuación que permita a víctimas e infractores(victimarios) acogerse a este tipo de justicia, contando con la autorización judicial y fiscal, además reivindica flexibilidad en los plazos para solicitar la mediación. Subraya la necesidad de que no se aplique solo a los casos menos graves, “aun teniendo en cuenta que España es un país punitivo”, desde la Sociedad demandan “que se tenga en cuenta cada caso y no cada delito en sí”.⁴⁷

3.3.1.- La mediación penal en los Anteproyectos de Reforma de 2011 y 2012

La inclusión de la mediación en los ALECRim de 2011 y 2012, es una innovación y por ello se merecen que les dediquemos una parte de nuestro estudio. El ALECRim de 2011, se regula en los siguientes artículos:

Artículo 157.-Principios

Artículo 158.-Procedimiento

Artículo 159.-Consecuencias

Artículo 160.-Mediación en el juicio oral

⁴⁶ .-SOLETO MUÑOZ H, (Dir) “Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos”, Tecnos, Madrid, 2011, pp 357-368. y CASTILLEJO MANZANARES R, “Mediación en el ámbito familiar: marco normativo”en SOLETO MUÑOZ H, (Coord) OTERO PARGA M, “Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente”, Tecnos, 2007, pp 275-285 y 342-347

⁴⁷ .- DOMINGO V. “*Burgos, capital europea de la justicia restaurativa y de la mediación penal*”

Artículo 161.-Interrupción

El Anteproyecto reconoce la exclusiva titularidad del Estado del *ius puniendi* y faculta al Ministerio Fiscal, que con el consentimiento de la víctima y del infractor, será quien someta a mediación la causa, con el fin de obtener una solución encauzada a reparar los intereses particulares de la víctima, siempre que exista ausencia del interés del Estado en imponer una penalización.⁴⁸ El resultado de la mediación puede consistir en la finalización de las actuaciones⁴⁹, con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado⁵⁰, o a una sentencia condenatoria en el marco de la conformidad premiada, o si se produce una falta de acuerdo continuaría el procedimiento penal.

En la fase de juicio oral, el Tribunal podrá impulsar el proceso a mediación previa solicitud de las partes, artículo 160 ALECRim, y si finaliza satisfactoriamente será de aplicación la atenuante de reparación de daño en la sentencia.

El ALECRim de 2012 regula la mediación penal en los artículos que a continuación se señalan:

Artículo 143.-Contenido de la mediación penal

Artículo 144.-Mediación institucionalizada o profesional

Artículo 145.-Suspensión de las Diligencias de Investigación

Artículo 146.-Efectos de la mediación

En el Anteproyecto la mediación penal se vincula a la justicia restaurativa, y reconoce para el infractor los beneficios favorables procesales o materiales que emanen

⁴⁸ .-ESQUINAS VALVERDE P, “*La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?*”, Revista Penal nº18, 2006, pp 55-101

⁴⁹ .-En determinadas circunstancias y para infracciones castigadas con penas de prisión de hasta dos años, por la renuncia a la persecución penal y archivo de las actuaciones (art 149 del Anteproyecto). En los delitos por calumnia e injurias contra particulares, como procedimiento por delito privado, el acuerdo en la mediación es causa de extinción de la responsabilidad criminal (art 701.3)

⁵⁰ .-Podrá acordar el Fiscal en fase de investigación, o el Juez en la fase intermedia, la suspensión condicionada del procedimiento e delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años, o penas de otra naturaleza, cuando se produzcan circunstancias concretas y sometimiento del infractor a ciertos requisitos de comportamiento, con renuncia a la persecución penal (arts 150 y 151).

del acuerdo, e impone que ni el Ministerio Fiscal ni el Tribunal podrán ofrecer ventajas por someterse a mediación, artículo 146.⁵¹

La justicia restaurativa como la denomina el ALECrím de 2012, y la mediación penal como instrumento principal, es un referente importante doctrinal sobre sus fundamentos y beneficios. Cuenta además con experiencias piloto satisfactorias que necesitan de una regulación legal de esta institución. Frente a la objetividad y neutralidad aparente de la concepción formal que limita y legitima la intervención estatal en la gestión del conflicto delictivo, hay un déficit en su funcionamiento, que ocasionan en las víctimas consecuencias sociales y emocionales, creando una dificultad de esta forma, una solución humana, reparadora y resocializadora. Se hace necesario evitar la victimización secundaria, durante las gestiones procesales que la víctima tiene que realizar en sede policial y judicial. En la persona del infractor, evitar el exceso de violencia institucional y la adaptación al sistema penitenciario cuando conlleve una pena de privación de libertad por estar sometido a un proceso penal, que dificulta la reinserción social y se incrementan las posibilidades de reincidencia.⁵² Que la víctima perciba que su conflicto quedó resuelto a nivel personal.⁵³ Para lograr estos objetivos, y dar cumplimiento a estas expectativas, la mediación penal cumple los requisitos idóneos. Señala GONZÁLEZ CANO, que “el Derecho y la Jurisdicción deben incluir la mediación, ya que no se trata de actuar a espaldas del Derecho, sino de integrar la solución mediadora en el Derecho. Teniendo en cuenta que la mediación restaurativa respondería básicamente a varios objetivos, entre ellos.

- La mejora en la atención a la víctima y la mayor integración social del infractor.
- La reducción de los sistemas retributivos y coercitivos a favor del acuerdo restaurativo.
- La razonabilidad y proporcionabilidad del acuerdo reparador.
- Un procedimiento mediador garante y respetuoso de los derechos de las partes.

⁵¹ .-CANO SOLER M^a A, (Dir) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS E, op cit, pp 105-117

⁵² .-GONZALEZ CANO M^a I, (Dir) MORENO CATENA V, op cit, mediación en el proceso penal. Perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el borrador del Código Procesal Penal de 2012,pp 688-689.

⁵³ .-BARONAVILAR S, “Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp 40 y ss.

-Un procedimiento mediador insertado en el ámbito del proceso penal, con preestablecimiento de sus consecuencias y efectos, y control judicial y fiscal”⁵⁴

Como recoge CASTILLEJO MANZANARES, en las conclusiones del curso “*la mediación civil y penal. Un año de experiencia. Alternativas a la judicialización de conflictos*”, dirigidos a Fiscales y Jueces de familia y penales, diciendo que se considera especialmente indicada la mediación para afrontar conflictos surgidos en el contexto de relaciones conyugales o uniones de hecho, siempre y cuando se garantice la igualdad de las partes; las relaciones familiares, vecinales y derivadas de otro tipo de convivencia (...) que en dichas controversias intervienen personas que conocen y existe un tejido humano y social que intentan reconstruir o resulta necesario, para prevenir la repetición del conflicto, que los implicados pacten soluciones satisfactorias”⁵⁵

Sobre el análisis de ALECrím de 2011, MARITIN DIZ concluye que es “susceptible de mejoras, sobre todo de carácter técnico, y de una regulación algo más extensa y detallada en determinados aspectos. Considera que la mediación está bastante bien orientada. Se vincula al principio de oportunidad, como institución que a de estar comprendida, y como mecanismo al servicio, en el plano jurídico procesal, de su ámbito de aplicación”. Continúa señalando que este sentido, “el planteamiento de aproximación de este texto, tenía mejor fundamento que la justificación del Borrador de 2013”, en referencia al ALECrím 2012.

Este autor considera, que el ALECrím 2011, es “un modelo de mediación más coherente con su naturaleza”, en referencia a que se trata la mediación como “complemento del proceso judicial, que cuando finaliza con éxito evitaba el proceso o bien ponía fin al mismo”. Añade que no se producen “mermas del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto el acceso al proceso quedaba franco para la víctima en todo momento si dicha alternativa no le satisfacía o no resultaba factible. Así, el artículo 460 del Anteproyecto, establecía que el fiscal, como alternativa a la investigación, podría acordar mediante decreto la remisión al sistema de mediación penal cuando pudiera apreciarse inicialmente la concurrencia de sus presupuestos. Cabe criticar respecto a

⁵⁴ .-Ibídem 52, pp 691-692

⁵⁵ .-CASTILLEJO MANZANARES R, (Dir) MORENO CATENA V, op cit, El procedimiento de Mediación en el marco del proceso penal, p 730.

esta previsión del Anteproyecto, que podría menoscabar el principio de voluntariedad, por cuanto el fiscal, tras el atestado o la denuncia, estimaba que se cumplían los presupuestos para remitir el asunto a mediación penal, no requería de la anuencia de víctima e infractor”. En este sentido contrasta con la consideración del ALECRim 2012, “que dentro de la parquedad e insuficiencia de la regulación al respecto, considera la mediación más como un elemento paralelo y simultáneo al proceso que como una auténtica y legítima opción de renuncia a la imposición de una pena en aras a la verdadera y personal satisfacción de los intereses propios de la víctima”.⁵⁶

Para finalizar, en los Anteproyectos no se prohíbe la aplicación de la mediación penal a los delitos grave ni a los tipificados con delitos de violencia de género, los que consideramos un avance significativos. La institución de la mediación aporta la posibilidad de reparación del daño a la víctima, traspasando el concepto de la indemnización patrimonial, se extiende al ámbito psicológico de la víctima restaurándola a la situación anterior a la concurrencia del hecho, minorando el dolor y la satisfacción de la misma. No nos resulta desconocido que la víctima muchas veces busca respuestas dialogadas al porque de su circunstancia, sin embargo en el ámbito del proceso penal es difícil que puede encontrar la solución a sus pregunta, de igual manera que el infractor pueda explicar el periplo que haya podido desembocar en la comisión del hecho delictivo. Víctima y victimario pueden llegar a una solución satisfactoria para ambos, y en el caso del infractor acercarse al conocimiento emocional de la víctima que puede incidir en la resocialización de su conducta. El proceso penal, al contrario que la mediación penal, estimula e incrementa los sentimientos de la víctima, que generalmente no tienen cabida durante el juicio. La mediación penal es la que mejor se adapta a los requisitos de justicia restaurativa, permite la conciliación de las partes en conflicto mediante un procedimiento dialogado. No se trata de desvirtuar el procedimiento penal, sino que está en nuestro afán abogar por la posibilidad de contar con un elenco de medios a disposición de la víctima, para que en aras de su voluntad pueda decir la vía a la que acudir.

⁵⁶ .-MARTÍN DIZ F, (Dir) MORENO CATENA V, op cit, “Mediación y justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal”, pp 764-765

4.- CONCLUSIONES

La reforma del Código Penal nos sorprende con la supresión del Capítulo dedicado a las faltas, que realmente son una mera transformación en ilícitos civiles y administrativos, y por otra parte en la conversión de las mismas en los denominados delitos leves, que suponen una agravación de las faltas sin justificación alguna por parte del legislador. Por primera vez se incluye la aplicación del criterio de oportunidad, a los delitos leves, que se justifica en los supuestos de escasa gravedad o falta de interés público, a instancia del Ministerio Fiscal, y será el Juez quien proceda al sobreseimiento o archivo del procedimiento. Por tanto, se faculta al Ministerio Fiscal para que ordene el inicio de la investigación y el sometimiento de la causa a un posterior procedimiento judicial. Los principios de oportunidad, proporcionalidad y legalidad serán los que delimiten la frontera de la actuación del Ministerio Fiscal, con la supervisión del Juez.

En relación con la mediación penal entre adultos, contenida en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y 2012, aun cuando no alcanzaron vigencia, es loable que ambos regularan por primera vez la institución de la mediación penal, aunque de forma desigual. Ninguno prohíbe su aplicación a delitos graves ni a delitos de violencia de género.

En el ALECRim de 2011 se significa un tratamiento más completo que abarca los principios que rigen la institución, el procedimiento, las consecuencias que se derivan del mismo, la mediación en el juicio oral, y la interrupción. Considera la mediación penal como un complemento procesal, y aplica el principio de oportunidad. Resulta negativo la facultad que se otorga al Ministerio Fiscal para remitir el caso a mediación penal, prescindiendo de la anuencia de la víctima y del infractor, después del atestado o de la denuncia, justificado en la posible vulneración de uno de los principios consagrados en la mediación penal como es la voluntariedad de las partes.

En el ALECRim 2012, se establece una regulación insuficiente y poco clarificadora, no vincula el principio de oportunidad a la mediación penal. Considera la mediación como un elemento simultáneo al proceso, sin otorgarle legitimación a la

víctima como una opción a la solución del conflicto dialogada y de satisfacción de sus intereses y de renuncia a la justicia retributiva.

El Estatuto de la Víctima, regula y unifica las normas vinculadas a los derechos y garantías de la víctima, adaptándolas a la normativa europea. Define el concepto de víctima en sentido amplio, las directas y las indirectas, ofreciendo un catálogo de soluciones a los problemas derivados como consecuencia del delito, que comprende los aspectos jurídicos y sociales, ofreciendo un tratamiento individualizado a las mismas según sus necesidades. Reconoce un amplio y novedoso repertorio de derechos, entre los que destaca la concesión a la víctima de una serie de recursos que la facultan para recurrir la concesión de libertad condicional o solicitar medidas de seguridad, en fase de ejecución. Entre el elenco de derechos, reconoce el acceso a los servicios de justicia reparadora cuando se cumplan determinados requisitos.

Entre las carencias que muestra el Estatuto, cabe destacar la no inclusión en el catálogo de víctima indirecta, a la que sufrió el daño en prevención o auxilio de otra. No hay congruencia entre las consideraciones y tratamiento de víctima en las distintas leyes, como destaca el CGPJ, resultaría conveniente excluir al cónyuge separado de hecho o derecho por razones de igualdad, en respecto de la víctima por una relación análoga de efectividad que exige que haya estado unido a ella hasta el momento de la muerte o desaparición.

En relación con la mediación penal, exige una serie de requisitos entre los que destaca la “ausencia de riesgo para la seguridad de la víctima o para su revictimización” y “ausencia de prohibición legal”, lo que excluye a las víctimas de violencia de género. No incluye entre sus principios la gratuidad o la oficialidad, al igual que adolece de regulación del procedimiento o de las consecuencias del mismo, que podría solventarse por remisión a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, mientras no se articule una regulación propia.

Incongruente resulta también el plazo para recurrir -a las víctimas no personadas-en fase de instrucción el auto de sobreseimiento, como en fase de ejecución las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, resultando la concesión de un

plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal y las demás partes se le otorga un plazo de cinco días, podemos concluir que se crea con ello un problema procesal.

5.- BIBLIOGRAFIA

ABOGACIA ESPAÑOLA Consejo General. “*El BOE publica la Ley de Seguridad Ciudadana y la reforma del Código Penal con el rechazo de la Abogacía*”. Disponible (31-03-2015). <http://www.abogacia.es/2015/03/31/el-boe-publica-la-ley-de-seguridad-ciudadana-y-la-reforma-del-codigo-penal-con-el-rechazo-de-la-abogacia/>

AGUADO CORREA, M^a I. “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal”. Madrid: Edersa,1999

BARONA VILAR, S. “El movimiento de las ADR en el Derecho Comparado” en CASTILLEJO MANZANARES R, “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación”, Madrid: La Ley.2011

BARONA VILAR S,(AA VV). “La mediación penal para adultos”. Valencia: Tirant lo Blanch,2009 y DE URBANO CASTRILLO E, (2010) “La justicia restaurativa penal” la Ley penal nº 73, julio. En MARTINEZ GARCIA E, (Dir) ETXEBERRIA GURIDI P/ otros autores. *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*”. *El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hacia un nuevo modelo de justicia penal?* Pamplona: Aranzadi, 2013

BARONA VILAR, S. “Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico”.Valencia: Tirant lo Blanch, 2011

BERDUGO/ARROYO/GARCIA/FERRÉ/SERRANO-PIEDECASAS. “Derecho penal. Parte general”. Ascuá, 2010

CAMPO IZQUIERDO, A,L. (2010) “Mediación familiar: estudio comparativo de la norma nacional y autonómica” *Actualidad civil*, Nº 14, en ETXEBERRIA GURIDI P, .(2013) *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*”. *El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hacia un nuevo modelo de justicia penal?* Pamplona: Aranzadi

CANO SOLER M^a A, (Dir) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS E, “*La protección de los derechos y garantías de las víctimas en la mediación penal*”, Universidad de Granada, Mayo, 2014.

CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir) MORENO CATENA V, (2015) “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”. Valencia: Tirant lo blanc. *El procedimiento de Mediación en el marco del proceso penal*

CASTILLEJO MANZANERES, R. “Mediación en el ámbito familiar”, en SOLETO MUÑOZ H, (Dir) “Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos”. Madrid: Tecnos, 2011

CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. "El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal", Revista del Poder Judicial, número especial VI: protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales y libertades públicas y SANCHO GARGALLO, I., "Legalidad, oportunidad y...", www.poderjudicial. Es

CUADRARO SALINAS C./ MORENO CATENA V, y otros “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”. Valencia: Tirant lo blanc 2015

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL. “La reparación de la víctima en el Derecho Penal Español”, en *Las víctimas del delito*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL, y BERISTAIN, A. Instituto Vasco de Criminología Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988.

Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Ley 4/2015. Disponible 04/05/2015

http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/laDelegacionInforma/pdfs/DGVG__INFO_RMA_Estatuto_de_la_Victima_del_Delito.pdf

DE LA MATA BARRANCO N, “El principio de proporcionalidad penal”.Valecia: Tirant lo Blanch, 2007

DOMINGO V. “*Burgos, capital europea de la justicia restaurativa y de la mediación penal*” www.Blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA. “ *Delito de quebrantamiento de condena*”.www.encyclopedia-juridica.biz14.com/.../delito-de-quebrantamiento-de-c

ESQUINAS VALVERDE P, “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?. Revista Penal nº18, 2006

EXTEBERRIA GURIDI P, “La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español”, *Revista de la Administración Pública Vasca* Nº 99-100,2014, GONZALEZ CANO Mª I, *La mediación en el proceso penal ...*

FUNDACIÓN CERMI DE MUJERES. www.fundacióncermimujeres.es. Nuevo Estatuto de la Víctima del Delito. Disponible 14/05/2015

GALAIN PALERMO, P. “La reparación del daño a la víctima del delito”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010

GARCIA FERNÁNDEZ, Mª A. “La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Nº 07 Septiembre 2014. Disponible <http://hdl.handle.net/10835/3286>. (07/12/2015)

GIMENO SENDRA,V. “Los procedimientos penales simplificados” (Principios de oportunidad y proceso penal monitorio), *Revista digital del Poder Judicial*. Nº extra 2, 1988

GONZALEZ CANO Mª I, (Dir) MORENO CATENA V, “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”. Valencia: Tirant lo blanc, 2015. *Perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el Borrador del Código Procesal Penal*.

GORDILLO SANTANA, L-“ Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco...”, *Redur* 4/2006, www.unirioja.es/dd/redur/nuemero4/gordillo. y GORDILLO SANTANA, L. F., *La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia*. En QUERALT, J. J., “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos”, en *Política criminal y un nuevo Derecho penal*, libro homenaje a Claus Roxin. J. M Bosch, Barcelona, 1997, también en *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho penal*, Coor. Luis Miguel Reyna Alfaro, Ara Editores, Lima, Perú, 2003, y “La mediación en España y perspectivas internacionales” y SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Sobre la relevancia jurídico penal...”, y SSTC 21 de enero de 1988 y 19 de julio de 1989, citadas en MUÑOZ CONDE F., y GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal*.

GUTIÉRREZ ROMERO F, M. -Artículo Monográfico. Abril 2015. C:\Documents and Settings\ADMIN\Escritorio\LO 1-2015\Artículo Monográfico_ Abril 2015.mht

HIRSCHBERG, “*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*”, en NAVARRO FRÍAS, I “*El principio de proporcionalidad en sentido estricto*“, *Indret* 2/2010

KLEIN LÓPEZ J, “*Aproximación al derecho y a la criminología*”. “*Concepto de víctima-Análisis de la Ley 4/2015, de 27 de abril Estatuto de la Víctima*”. Disponible: 29 /04/ 2015

C:\Documents and Settings\ADMIN\Escritorio\LO 4-2015\Aproximación al derecho y la criminología abril 2015.htm¹ .-

LARRAURI E, “Criminología crítica y violencia de género”, Trota, Madrid, 2007.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El principio de oportunidad ", *Consejo General del Poder Judicial*, Proceso penal y actuación de oficio de jueces y Tribunales, 2002, www.poderjudicial.es.

LUQUIN ERNESTO, “*El Derecho Penal a juicio*”.
<https://books.google.es/books?isbn=9707680946>

LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN EUROPEA de 19 de abril de 2002.

MARTÍN DIZ F, (Dir) MORENO CATENA V, “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”. Valencia: Tirant lo blanc, 2015. *Mediación y justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal*

MARTINEZ GARCIA E, (Dir) ETXEBERRIA GURIDI P,/ otros autores“Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?”. El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hacia un nuevo modelo de justicia penal?, Aranzadi 2013,

MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M. “ Derecho penal, Parte general”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010

PORRES GARCIA I (Dir) DE LA CUESTA, J, L. “La necesaria revisión de la prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género”.

RIOS MARTIN J,C, “*Justicia restaurativa y mediación penal, análisis de una experiencia*” 2005-2008, www.ammediadores.es, en MARTINEZ GARCIA, E, (Dir) ETXEBERRIA GURIDI P,/ otros autores.

SANCHEZ GARCIA DE PAZ I, “Principio constitucional de proporcionalidad”, Valladolid, 1994.

SOLETO MUÑOZ H, (Dir) “Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos”, Tecnos, Madrid, 2011, y CASTILLEJO MANZANARES R, “Mediación en el ámbito familiar: marco normativo”en SOLETO MUÑOZ H, (Coord) OTERO PARGA M, “Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente”, Tecnos, 2007

SUBIJANA I. “La mediación penal como técnica de justicia restaurativa (A propósito de la próxima entrada en vigor de la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del delito)”. Disponible 04/05/2015. www.hayderecho.com/

www.noticias-juridicas.es/ . Jueces para la Democracia, advierte que el Estatuto de la Víctima tendrá un efecto disuasorio en las denuncias de violencia de género. Disponible 09/03/2015