

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián

Marzo 1999

311 - 321

LA MEDIACIÓN PENAL*

Resumen: En lo esencial, el Código penal de 1995 responde a las necesidades de una sociedad moderna en el ámbito criminal y penal, pero, debe señalarse la necesidad de reorientar el Derecho penal a la satisfacción de la víctima. En este sentido, la mediación penal, libre y responsable, puede contribuir, además de a la reparación a la víctima, a la disminución de la victimación secundaria y terciaria, y aumentar las posibilidades de reinserción del victimario, configurándose como vehículo de participación de la comunidad en el sistema de justicia penal, como un instrumento de cohesión social.

Laburpena: 1995-eko Kode penalak, gizarte modernoan dauden beharrei erantzuten dio, baina, Zuzenbide penalak biktima medeatzea izan behar du helburutzat. Bitartekotasun penalak, askatasunez eta erantzukizunez egindakoak, hortara laguntzeaz gain, bigarren eta hirugarren biktimizazioa gutxitzen lagundu dezake eta biktimatzailearen birsozializaketa posibilitateak haunditu eta komunitateak justizia penalean parte hartzeko aukera ezin hobearen aurrean aurkitzen gara.

Résumé: À l'essentiel, le Code pénal de 1995 répond aux nécessités d'une société moderne dans le domaine criminel et pénal, mais, on doit signaler la nécessité de réorienter le Droit Pénal vers la satisfaction de la victime. En ce sens, la médiation pénale, libre et responsable, peut contribuer, outre qu'à la réparation de la victime, à la diminution de la victimisation secondaire et tertiaire, et augmenter les possibilités de réinsertion du victime, en devenant le véhicule de participation de la communauté à le système de justice pénale, comme un instrument de cohésion sociale.

Summary: Essentially, the penal Code of 1995 answers to the necessities of a modern society in the criminal and penal field, but, it must be signaled the necessity of reorientate the penal Law towards the victims satisfaction. In this sense, a free and responsible penal mediation can contribute to the victims reparation, to decrease the second and third victimization, and to increase the possibilities of the offenders reinsertion. In this way, penal mediation become a vehicle of the community participation in the penal justice system, as an instrument of social cohesion.

Palabras clave: Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Mediación Penal, Victimología.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Zuzenbide Prozesal Penala, Bitartekotasuna, Biktimologia.

Mots clef: Droit Pénal, Droit de la Procédure Pénale, Médiation Pénale, Victimologie.

Key words: Penal Law, Procedural Law, Penal Mediation, Victimology.

* Texto inédito. Ponencia preparada para el Curso de Verano sobre "La mediación: alternativa de justicia penal, intervención criminológica y cultura de paz", celebrado en San Sebastián, del 14 al 17 de julio de 1998.

IDEAS GENERALES

Los movimientos de reforma social, entre los que debemos incluir los jurídicos y, obviamente dentro de ellos, los penales, suponen, en general, expresiones de disconformidad de lo que está pretendiendo superar etapas e instalarse en otro mundo a veces especialmente diferente del que existía.

Esta es, me parece, la razón de que cuando un pensador asume la bandera de la reforma, si ésta siendo justa y legítima tiene éxito y triunfo, se le asocia ya en la historia a la propia reforma o renovación que estaba más en la sociedad en general. Es el caso de Bentham, de Beccaria y de tantos otros como Feuerbach. Fundamenta Feuerbach, dicen Cobo y Vives¹, el principio de legalidad en la doctrina de la coacción psíquica. Para él “toda pena jurídica pronunciada por el Estado es consecuencia de una Ley fundada en la necesidad de conservar los derechos exteriores y que contiene la amenaza de un mal sensible frente a una lesión del Derecho”. Y no puede ser sino “consecuencia de una Ley” puesto que el fin de la amenaza penal es evitar las lesiones del derecho por medio de la intimidación de todos aquellos que podrían cometer tales lesiones y mal podría intimidar a la generalidad una amenaza penal que no se hallare, clara y públicamente, establecida por medio de una ley.

Con toda evidencia el Derecho penal con el que contamos no nos deja satisfechos. No me refiero a las inadecuaciones temporales: la pena se impone cuando ya no va a cumplir ni fines de prevención especial ni general, no va a servir para nada, sino al Sistema penal en sí mismo considerando que pivota, pese a la sin duda buena intención del legislador, sobre las penas privativas de libertad, el arresto fin de semana no parece que haya dado buenos resultados, y la multa o pena pecuniaria.

Así las cosas, aparecen bajo el denominador común de esta inquietud fórmulas de recambio o de sustitución. Sólo con echar un vistazo a la bibliografía nos damos perfecta cuenta de esta realidad, aunque las direcciones de los distintos trabajos y monografías vayan por diferentes derroteros.

Las viejas leyes de penetración cultural están ahí como una losa, para bien o para mal, y no es fácil desmontar las viejas estructuras penales. Si nos damos cuenta, de un Código a otro hay diferencias importantes: el respeto que demuestran a los valores constitucionales, la dureza de la punición, las vías de rehabilitación que se abren a los condenados, etc, pero no hay un sistema parecido al que algunos pretenden como una especie de ideal que, hoy por hoy, seguramente que por desgracia, supone una verdadera utopía aunque, como he dicho en muchas ocasiones, gracias a las utopías el mundo avanza, la utopía es bella cuando como en este caso pretende fortalecer la dignidad de la persona humana y en ocasiones arranca pedazos de lo que podemos denominar realidad rechazable y se incorpora a lo que son ya estructuras efectivas de nuestra sociedad. El movimiento feminista, las organizaciones ecológicas, tantas y tan-

1. Cobo del Rosal y Vives Antón: “Derecho Penal. Parte General”. 4ª Ed. conforme al Código penal de 1995. Tirant lo Blanch/Libros. Valencia. Los citados autores censuran que el mandato de taxatividad y prohibición de la analogía, es decir, de la creación judicial del Derecho, haya dado lugar a una praxis injustificada e inaceptable. En este sentido citan la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/81, de 30 de marzo que entiende acorde con las exigencias del principio de legalidad la condena por apropiación indebida a un empresario que no ingresó la cuota obrera de la Seguridad Social, decisión que a mí me pareció correcta.

tas ONGs que luchan por estos ideales, si no han visto alcanzadas sus metas sí han contribuido de manera muchas veces decisiva al verdadero progreso social, especialmente en cuanto afecta a los valores humanos de igualdad, dignidad y solidaridad.

Sobre el nuevo Código penal se ha escrito mucho y en bastantes ocasiones con acierto, las aportaciones de López Garrido y García Arán, de Luzón Peña, de Valle Múñiz, de Quintero Olivares, de Landrove, de Serrano Butragueño, de Colectivos dirigidos por Berdugo, por Cobo, por Conde-Pumpido, Manzanares y Cremades, Serrano Butragueño, Serrano Gómez, Morales Prats, Carmona Salgado y un largo etc, lo pone de relieve. Como dice el Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi² con todo acierto la Constitución de 1978 evidenció la urgencia de un nuevo Código penal que se adecuase a la nueva situación política, social y jurídica, máxime si tenemos en cuenta que el antiguo, aun con modificaciones, hundía sus raíces en la primera mitad del siglo pasado. Sin ser perfecto, puede decirse que el nuevo Código, aprobado en 1995, responde, en lo esencial, a las necesidades de una sociedad moderna en el ámbito criminal y penal.

LOS DERECHOS PENAL SUSTANTIVO Y PROCESAL PENAL

Se ha repetido muchas veces: especialmente en el Sistema penal es inconciliable una estructura que no tenga en cuenta al mismo tiempo el Derecho penal sustantivo, el procesal penal, el penitenciario y la propia organización de tribunales en cuanto se proyecta en el proceso penal, es decir la jurisdicción de este nombre. La presunción de inocencia ¿a dónde pertenece? ¿Las garantías del acusado son sólo Derecho procesal? Todo es todo.

Por ello la presunción de inocencia, el “guilty plea” y “bargaining plea” de la justicia americana, algunas de las reformas últimas en el proceso penal de Alemania, Italia y Portugal, que tienen naturaleza procesal, influyen decisivamente en la configuración del Sistema jurídico punitivo entendido como un todo³.

A mí me preocupa mucho el problema y no sé si con lo que tenemos, que no es óptimo pero que está muy rodado, no se pueden obtener los mismos o parecidos resultados sin necesidad de echar por la borda garantías que me parecen esenciales. En primer lugar dudo mucho que la incorporación de estas instituciones a nuestro Derecho (algo que se ha hecho tan de puntillas)⁴ mejoren el sistema y por último no creo, y así he

2. De la Cuesta Arzamendi, José Luis: “Introducción al nuevo Código penal español: directrices y contenido fundamental”. *Eguzkilore* n^o extraordinario 10, octubre de 1997.

La cita de autores está, en general, sacada de este trabajo.

3. Gutiérrez Sanjuán, Luis: “Fórmulas alternativas del proceso penal”, *Revista de Ciencias Jurídicas*. Universidad de las Palmas de Gran Canaria, pág. 151 y ss.

4. Art. 793.3 LECrim. “La Acusación y la Defensa con la conformidad del acusado presente pueden pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes”. En primer lugar, el tope de pena (v. art. 33 y cc del nuevo Código penal) es una barbaridad y en segundo lugar me parece que el juez podrá hacer cosas distintas a homologar el “convenio”.

tratado de demostrarlo en otras ocasiones, que si las cosas se hicieran como por algunos se preconiza, supusiera una economía de tiempo. Tratar de introducir instituciones extrañas tiene muchos riesgos. Lo que tal vez en EEUU sea perfecto aquí puede no serlo.

Otra cosa a la que se refiere este autor, y en la que coincido, es en el acierto que hubiera supuesto asignar competencia en materia de faltas, salvo en algunas pocas, a los Jueces de Paz, si son nombrados exclusivamente por su prestigio, siendo posible entre Licenciados en Derecho, por las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia o incluso por las Audiencias Provinciales que están más cerca. Con todos mis respetos, y dicho sea de manera muy provisional, para quienes mantienen otra postura, no creo que la Constitución suponga un valladar para la asignación de estas competencias a los Juzgados de Paz, cuyas decisiones serían recurribles siempre ante el Juez de Instrucción, las cuales serían ya inapelables.

LA VÍCTIMA

En cambio, y en este sentido aplaudo el nuevo Código, es esencial que la sociedad busque hasta donde sea posible la reparación de la víctima. En este sentido todos los esfuerzos serán pocos. Y aplaudo el sistema porque, como vengo sosteniendo⁵, la “reparación” a la víctima puede hoy alcanzar una significación profunda y extraordinariamente positiva.

En el nuevo Código penal, dice el Prof. Silva Sánchez⁶, menudean las referencias expresas o implícitas a la trascendencia jurídico-penal de actos de “reparación”. Así, dice y sin pretensiones de exhaustividad, a éstos se les asigna una naturaleza de atenuante genérica (art.21.5 CP), de atenuante específica y cualificada en diversos tipos, ej. en materia de medio ambiente (art. 340 CP) o de eximente en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305.4, 307.3, 308.3 CP). Igualmente se alude a ellos como condición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 81.3 CP) o de la sustitución que en el art. 88 CP se hace depender “en particular del esfuerzo para reparar el daño causado”.

Tales novedades, dice Silva, coinciden con una intensificación de la influencia de los modelos teóricos que proponen la reorientación del Derecho penal a la satisfacción de la víctima.

En este sentido y en tantos otros, ha sido pionero el Prof. Beristain⁷. Enseguida veremos cómo se puede encauzar, en mi modesta opinión, esta inquietud.

V. Comentarios a la LECrim. de Tapia y LECrim. de Colex 8ª ed. 1996, además de los Tratados y Manuales. Me remito a la Obra Colectiva de *Derecho procesal penal* con comentarios de Vicente Gimeno Sendra. Colex 1996.

5. Ruiz Vadillo, Enrique: “Comentarios a las circunstancias de atenuación de la responsabilidad criminal”. En *Código penal. Comentario y Jurisprudencia*. Coordinado por Cándido Conde-Pumpido. Tapia 1997.

6. Silva Sánchez, Jesús: “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación”, *Revista del Poder Judicial* nº 45, 3ª época págs 183 y ss.

7. Beristain/De la Cuesta: *Victimología*. San Sebastián 1990. En este sentido son innumerables los trabajos que ha dedicado al tema. También es de justicia recordar a Landrove, García-Pablos, Martínez Arieta, entre otros muchos.

El Prof. Beristain⁸, una vez más con todo acierto, porque en su trabajo pone al mismo tiempo humanidad, sensibilidad y sabiduría jurídica, hace un recorrido relativamente extenso respecto del nuevo Código penal. Señala que en realidad es a partir de 1945 cuando el principal concepto de víctima gira alrededor de la macrovíctima o de la víctima del abuso del poder, concretamente del nazismo con su genocidio de seis millones de judíos. Después se extiende el estudio y el concepto acerca de las víctimas de los delitos comunes con especial y mayor atención a las mujeres y los niños, a las personas más vulnerables.

A mí me parece que todo responde a una cronología que a su vez es hija de su tiempo. Cuando en los Códigos penales ni remotamente aparecían los llamados delitos contra el orden socio-económico, y cuando a ellos se acercaba, los Tribunales no supimos captar una innegable realidad social, me parece, dicho con todos los respetos, por una interpretación excesivamente literalista del principio de legalidad que creo esencial, pero que debe admitir un cierto entendimiento general. Antes se citó la Sentencia del Tribunal Constitucional respecto a las retenciones indebidas de las cuotas de la Seguridad Social, Muñoz Conde ha puesto de relieve cómo determinadas falsedades quedan impunes por esta misma circunstancia y en igual sentido, dicho sea con el mayor de los respetos a las posiciones distintas y contrarias con el art. 487 bis del antiguo Código penal, respecto de la protección vía penal de los hijos no matrimoniales que se entendieron no comprendidos pese a la norma categórica y firme del art. 39 CE y del espíritu que informa todo el Ordenamiento jurídico que en este sentido es inequívoco, firme y constante.

Como antes decíamos, la cárcel no es una buena solución, al menos, no lo es en muchas ocasiones, son muchos los autores: Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, M. Foucault, Nils Christie, Raúl Zaffaroni, Beristain, luchan por un mundo distinto, mejor. Por ello, este último profesor recoge la frase de A. Ibáñez y J. Sampedro⁹. Se trata de buscar y encontrar una estructura del delito que coincida con la estructura social, estatal, en protección de la persona humana (víctima y victimario) en libertad y dignidad.

LA MEDIACIÓN PENAL

Por cuanto queda dicho, una obra de la envergadura y sensibilidad de la doctora M^a. Begoña San Martín Larrinoa¹⁰ ha de ser objeto de especial reflexión. El Prof. Beristain en el Prólogo señala que en cierta medida, aunque sólo en cierta medida, se puede decir que Salomón actuó como mediador más que como juez, y así previno la

8. Beristain Ipiña, Antonio: "El nuevo Código penal de 1995 desde la victimología". *Eguzkilore* n^o extraordinario 10, octubre 1997. San Sebastián.

9. Servicios de Asistencia a las Víctimas en el País Vasco. Gobierno Vasco (1991-1996). De especial interés: Información a la víctima, atención, características de la intervención, etc. Es, sin duda, un ejemplo a imitar.

10. San Martín Larrinoa, M^a Begoña: *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos (Del presente francés al futuro español)*. Con una nota breve pero significativa del Consejero de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, D. Ramón Jáuregui Atondo, y un extraordinario prólogo del Prof. Antonio Beristain.

comisión del asesinato de un niño y dictó una sentencia justa... Algo de esto, dice, y más aún, algo de utópica humanización de la justicia y de la sociedad, pretende M^a. Begoña San Martín Larrinoa con su moderna cosmovisión de la mediación tal y como la analiza en esta tesis doctoral que, por eso, podemos calificar de hiperbólica, en el mejor sentido de la palabra, en el sentido de que cuando se elabora con inteligencia y pasión amorosa, generalmente se superan los límites normales, y se llega hasta la sana hipérbole de la vida cotidiana.

¿Qué conclusiones obtiene, desde la perspectiva que nos interesa, M^a. Begoña San Martín Larrinoa?

1^a) Que la mediación, tal y como se practica en Francia y en algunos otros países, viene a constituirse en un vehículo de participación de la comunidad en el sistema de justicia penal produciendo un enriquecimiento tanto en las relaciones de ésta con los justiciables como en la de los justiciables entre sí, configurándose también como un instrumento de cohesión social (lo que a mi juicio habrá de demostrarse estadística y sociológicamente).

2^a) La libertad y la responsabilidad constituyen un binomio inseparable de la mediación. El ejercicio de la primera y la asunción de la segunda, como fruto del diálogo de las partes, se convierten en vías a través de las que aparece una reparación hacia la víctima de gran riqueza cualitativa, lo que conduce a una disminución de la victimización secundaria y terciaria de ésta y a unas mayores posibilidades de reinserción social del victimario (pero ¿será siquiera posible el diálogo? según los casos lo será o no. Es un problema de personas y de circunstancias).

3^a) Los derechos fundamentales del autor y víctimas han de ser respetados estrictamente durante todo el procedimiento de mediación, tanto por las autoridades como por otras personas, cualquiera que sea su estatuto, que ejerzan labores de mediación en conflictos de índole general. Para la consecución del citado respeto a los derechos fundamentales de víctimas y victimario se presentan como esenciales la formación del mediador (con el peligro inevitable de burocratización) su profesionalidad y su actuación ajustada a normas deontológicas, premisas indispensables no sólo para lograr tal respeto, sino también para que adopte una postura activa en orden a conseguir que las partes gocen de igualdad y de equilibrio de fuerzas en el procedimiento de mediación.

4^a) *De lege ferenda*. La utilización generalizada de la mediación entre víctima y autor de delitos y faltas en nuestro país precisa de la unión de diversos esfuerzos: el del legislador para que la mediación se convierta en un verdadero procedimiento alternativo al judicial a través de la previsión legal del principio de oportunidad (que a mi entender pudiera ser contrario al de legalidad), el de los operadores del mundo judicial para impulsar y enriquecer a través de la mediación los mecanismos suscritos en nuestro Derecho dirigidos a la reparación de la víctima, el de los poderes públicos para apoyar la creación de instancias de mediación extrajudiciales y sensibilizar a la sociedad favorablemente hacia tal modo de arreglo de conflictos¹¹.

11. V. art. 41 del CPP de Francia: El Fiscal puede, con carácter previo a su decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes, decidir, recurrir a una mediación si estima que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al problema resultante de la infracción y de contribuir a la rehabilitación del autor de la infracción.

Más adelante vamos a tratar de examinar cuidadosamente nuestro propio Ordenamiento jurídico penal para comprobar qué se puede hacer dentro de él y con un perfecto ajuste a la Constitución, para facilitar al mismo tiempo dos bienes igualmente importantes: 1º) la rehabilitación del delincuente (que no es un derecho fundamental para él)¹² y 2º) la reparación a la víctima.

No podemos ni debemos olvidar que si con “dinero” pudieran alcanzarse estos acuerdos el peligro de una gravísima discriminación se cerniría sobre el Derecho penal y, por consiguiente, lo importante es el esfuerzo que el condenado hace para reparar a su víctima y hasta la predisposición buena que ofrece, y que deben ser muy cuidadosamente valoradas por el juez o tribunal.

Ello no disminuye un ápice el extraordinario valor y significación de este trabajo.

LA TAREA DE DETERMINANTES ATENUANTES

Como dice el Prof. Serrano Butragueño¹³ no puede decirse que el fundamento de las atenuantes, en cuanto circunstancias que disminuyen la responsabilidad criminal y por ende la pena, sea único; antes bien, creo que obedecen o responden a una minoración del contenido de lo injusto del hecho, a una disminución de la culpabilidad y a razones de política criminal ligadas a la necesidad de la pena y a la protección de la víctima. Al clasificarlas, incluye entre las atenuantes que obedecen a razones de política criminal la autodenuncia del art. 21.4 del Código penal inspirada en la colaboración con la Administración de Justicia y la reparación o disminución del daño (art.21.5 CP) que responden a ideas de protección a la víctima del delito.

Como han señalado los profesores López Garrido y García Arán la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo se desdobra en dos: la confesión antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él (art. 21.4 CP) y la reparación o disminución de los efectos del delito antes de la celebración del juicio oral (art. 21.5 CP).

Durante mi larga vida judicial siempre he patrocinado la idea de que las situaciones de confesión (espontánea o no) y de reparación (por unos u otros móviles) debían potenciarse al máximo¹⁴ porque había que esperar seriamente que sus efectos fueran extraordinariamente positivos, como sin duda lo son.

La Sala Penal del Tribunal Supremo en los últimos años amplió de manera, en mi modesta opinión, extraordinariamente acertada, el ámbito de la aplicación de la atenuante que en todo caso, si se entiende que falta alguno de sus elementos, siempre sería utilizable por la vía de la analogía¹⁵.

12. Véase la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este sentido.

13. Serrano Butragueño, Ignacio: *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*. Comares Editorial, 1998.

14. Ruiz Vadillo, Enrique: “Comentarios al Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia...” *ob. cit.*

15. Véase Sentencias del Tribunal Supremo Sala 2ª, en este sentido.

En el Código penal la circunstancia atenuante 4ª “La de haber procedido el culpable antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”, se recoge también en los artículos 427, 480, 549 y 579.

El artículo 427 (cohecho) exime de pena al particular que habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

El artículo 480 regula las consecuencias de la revelación a tiempo de poder evitar sus consecuencias en el delito de rebelión (exención de pena) y a los meros ejecutores respecto de los mismos efectos y rebeldes que se sometan con reducción importante de pena.

El artículo 549 establece para la sedición la misma fórmula reductora.

El artículo 579 permite a los Jueces y Tribunales, razonándolo, reducir la pena (en uno o dos grados) en supuestos de terrorismo.

El artículo 21. 5ª “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”, está redactada de manera especialmente amplia y flexible.

El artículo 88, dentro de la Sección dedicada a la sustitución de las penas privativas de libertad, ordena tener en cuenta a estos efectos “el esfuerzo para reparar el daño causado” por parte del reo, aunque puedan imponerse por el Juez o Tribunal al penado la observación de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código.

El artículo 214 se refiere al reconocimiento de la falsedad o falta de certeza de las imputaciones en los delitos de injuria o calumnia o a la retractación de ello, en cuyo supuesto el Juez o Tribunal podrá imponer la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior.

Además, la circunstancia 6ª del artículo 21 considera atenuante cualquier otra de análoga significación a las anteriores¹⁶.

LA PROBLEMÁTICA DE LA CONCILIACIÓN VÍCTIMA-OFENSOR

Como ya indicamos, el tema está ahí sobre la Mesa y, entre todos, debemos analizarlo y aportar las ideas que se consideren más idóneas para el propósito común. Lo importante no es tanto lo que dice el Derecho comparado como la efectividad de la correspondiente normativa dentro de un clima social determinado. El testimonio de la profesora Esther Giménez-Salinas¹⁷ me parece importante. A mí me gustaría haberlo experimentado. Luego explicaré qué experiencias tengo en este orden de cosas.

16. Véase Ruiz Vadillo, Enrique: “Comentarios al Código Penal...”. *Ob. cit.* Trivium.

17. Giménez-Salinas, Esther: “La mediación penal en dret comparat”. En *La mediació victima-delinquent*. Justiforum Papers d'Estudis i Formació. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, julio 1996.

Myriam Herrera Moreno¹⁸ con independencia de los supuestos acogidos en la LO 4/92, de 5 de junio de Menores, reformadora de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores¹⁹, estima que España dista de estar a la avanzada de los nuevos hallazgos victimológicos, en lo que respecta a la investigación (aquí me permito discrepar porque son muchos los autores, de extraordinaria categoría, que se han dedicado al tema y muchas las aportaciones valiosísimas en este sentido, como lo pone de relieve la propia autora con las citas que hace en su interesante trabajo) como en cuanto a la receptividad de nuestro ordenamiento.

En principio resulta atractivo, y quienes lo defienden están llenos de rectísimas intenciones, como el Prof. Beristain, al hablar de una especie de conciliación entre el agresor –utilizo la palabra en sentido muy general– y su víctima o sus víctimas. Algunos autores incluso han expuesto sus teorías, lo que podía suponer la práctica desaparición del Derecho penal o, al menos, una distinta y radical concepción del mismo y ojalá que fuera así, pero por desgracia no parece, por ahora, factible. Ha existido una infracción penal de hurto, de robo con fuerza en las cosas, de apropiación indebida, de estafa, de daños, por poner ejemplos fáciles, se celebra una reunión entre unos y otros y puede llegarse a una composición: te reintegraré lo sustraído o apropiado en tales plazos y en tales condiciones y, si cumplo, aquí ha terminado todo.

Tal vez esté equivocado y no capte bien por ahora el problema, pero esta fórmula sería discriminatoria. El que delinque con una cierta solvencia personal o familiar apenas si tendría dificultades para dar cauce a estas fórmulas conciliatorias. Pero ello tendría un efecto criminógeno en un sentido y discriminador en otro.

Pero si de estas situaciones pasamos a otras: homicidios, asesinatos, agresiones sexuales, etc., el problema todavía se complica mucho más. ¿Cabe pensar en nuestros días en una reunión entre los familiares del asesinado y el asesino para llegar a una fórmula?

Por ello, sin saber lo que ocurrirá dentro de unos años porque la evolución social es difícilmente captable por mucho esfuerzo que ello se realice, veo muchas dificultades.

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Por lo que ya he anticipado se habrá descubierto mi punto de vista, seguramente equivocado, que nada tiene que ver, como algunos apuntan, con la pérdida de poder de los jueces (me parece que se nos conoce mal a los jueces y se descubre peor nuestro pensamiento).

Mi idea es la siguiente: vamos a utilizar bien lo que tenemos y después de hecha, con un cierto nivel de experiencia, vamos a comprobar los resultados. Se ha cometido

18. Herrera Moreno, Myriam: "Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la Paz Social por la Conciliación". *Rev. de Derecho Penal y Criminología* nº 6. UNED 1996, dirigida por el Prof. Serrano Gómez.

19. V. STC sobre sanciones a menores.

V. arts. 15.1 regla 6ª y art. 16.3.

un delito, la víctima declara, (se la debe proteger, dar amparo: psicológicamente, desde el punto de vista económico, procesal, etc.) y se constata si el agresor ha hecho algo por reparar los efectos del delito e incluso ha facilitado su descubrimiento. El Ministerio Fiscal redacta sus conclusiones y si procede aplica las atenuantes que ya hemos examinado, incluso como muy cualificadas²⁰. El Abogado Defensor, pieza clave siempre, estudia el escrito de acusación y puede llegar a la conclusión de que es correcto²¹ y se conforme. Así lo expresa y el juez, como también vimos, dictará sentencia de conformidad²², sin celebración de juicio, aunque en mi opinión, –y sigo la que es verdaderamente autorizada del Tribunal Supremo– puede absolver y puede disminuir la pena, no agravarla.

Si la sentencia pide en su ejecución ser suspendida, cabe que ésta se condicione a que el agresor, mientras pueda razonablemente, coopere a la reparación de la víctima.

Si los delitos son de poca gravedad: hurtos, robos con fuerza en las cosas, apropiación, estafas, (dentro siempre de unas ciertas limitaciones, pensemos en el socio que arruinó a su colega y le ha dejado en la miseria) cabe esa especie de arreglo y que se dictara un fallo, que no se ejecutara y que no trascendiera²³.

En los demás casos a mí me parece, hoy por hoy, una absoluta entelequia o utopía pensar, como también señalé, que el asesino se reúna con la familia del asesinado y concierten una especie de convenio o pacto de reparación. Yo, al menos, no lo veo factible²⁴ en absoluto.

Pero es que además se presentan otros problemas colaterales: la introducción del principio de oportunidad, en mi opinión peligrosísimo y así lo vengo poniendo de relieve durante muchos años y la sustitución de la jurisdicción por el convenio que pudiera ser inconstitucional.

VERIFICACIÓN DE LO ANTERIORMENTE ESTABLECIDO

Veamos tres ejemplos:

Robo con fuerza en las cosas. Art. 237, 238, 239 y 240.

Pena de prisión de uno a tres años.

Supongamos que ha dado a conocer, a confesar la infracción a las autoridades (art. 21.4 CP) o que ha hecho lo posible por disminuir los efectos del daño (creo

20. En este sentido invito a los expertos a que hagan las correspondientes operaciones y comprueben sus resultados. El Derecho Penal tradicional se transmuta por completo. Las penas terminan siendo simbólicas.

21. En la Audiencia de Bilbao se alcanzaban de un 70 a un 80% de conformidades, aunque hablo de memoria.

22. Véase Ley de Enjuiciamiento Criminal.

23. Véase Proyecto de Código penal de 1980.

24. Véase Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline: *Penas Perdidas. El sistema penal en cuestión*. Le Centurion, 1982, Paris.

que más que disminuir como resultado hay que hacer lo posible, seriamente, como intención).

Se aprecia una de ellas como muy cualificada (art. 66 regla 4ª).

Ha de imponer la pena inferior en uno o dos grados.

Pena tipo: Prisión 1 a 3 años. Se reduce un grado 6 meses a un año.

Se reducen dos, 3 meses a 6 meses.

En este último caso procede la sustitución (art. 71) en relación con el art. 80.

Un homicidio: Art. 138. Prisión de 10 a 15 años.

Como en el caso anterior, pensemos que concurre una de las dos atenuantes como muy cualificadas (si concurren dos la reducción con toda obviedad es más espectacular).

Queda como pena: 5 años a 10 si se baja un grado.

2 años y 6 meses a 5 años si se bajan dos.

Una injuria o calumnia: art. 205 y 206 calumnia: 6 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses si se propagan con publicidad. Multa de 4 a 10 meses.

El reconocimiento o retractación obliga a bajar en un grado la pena y a no imponer la inhabilitación (art. 214), como ya vimos.

Si acudimos a la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁵ se constata que puede haber conversaciones preliminares entre el Ministerio Fiscal y/o Acusador particular y el acusado y allí, como consecuencia de este diálogo, pueden aparecer las atenuantes a las que ya hemos hecho referencia, y la conformidad²⁶.

CONCLUSIONES FINALES

El Derecho es, por esencia, dinamismo. No todo está dicho, ni la última palabra está ya expresada.

Hay que continuar, agradecer el esfuerzo de nuestros grandes científicos, exponer a la ciudadanía los problemas, madurar poco a poco las soluciones, y todo lo demás se irá produciendo.

25. Ruiz Vadillo, Enrique: "Ley de Enjuiciamiento Criminal. Doctrina y Jurisprudencia". Obra Colectiva pendiente de publicación. Tapia.

26. Experiencia de Bilbao, Juzgado número 4, ya comentada.