

Arbitraje y mediación en el Derecho penal: ¿utopía o realidad?

~Prof. Dra. Rosa Ventas Sastre~

Prof. Titular acred. de Derecho Procesal y Derecho Penal, Univ. Rey Juan Carlos. Socia FICP.

I. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO DEMANDA DE *LEGE FERENDA* PARA UNA APROXIMACIÓN AL ARBITRAJE EN MATERIA PENAL

En los últimos años asistimos en el ámbito de la Justicia a un incremento de problemas dentro de la denominada “crisis del sistema penal”. Muchas veces la denuncia tiene su origen en un conflicto económico, que las partes pretenden resolver acudiendo a la Jurisdicción penal. Si bien es cierto que esta decisión es de todo punto lícita, también lo es el hecho de que en la práctica judicial diaria se produce en numerosas ocasiones una distorsión del sistema judicial, quedando el Derecho penal al servicio de cualquier cosa menos de la realización de sus principios inspiradores, entre otros, el principio de intervención mínima.

Sucede con más frecuencia de la que sería deseable que el control sobre este principio de intervención mínima, así como el de oportunidad del proceso, pensemos que para determinados hechos delictivos las partes pueden desactivar el proceso penal a través del perdón del ofendido, escapa con demasiada frecuencia del control de la organización de la Justicia, para ser transferido a la libre voluntad de las partes y a sus meros intereses. La distorsión del proceso penal se produce cuando el logro del resarcimiento del perjudicado se produce precisamente mediante la amenaza de la pena, siendo ésta un mero instrumento para lograrlo.

Lo habitual es que sea la víctima quien inicie el proceso penal pero, a veces, sucede que en el momento en que obtiene una reparación se aparta automáticamente del proceso. En este tipo de situaciones, es fácil que pierda firmeza la acusación pública o que, incluso, se mantenga simplemente a efectos formales. Existen casos, fundamentalmente en delitos de índole económica, donde los hechos no se denuncian precisamente porque se ha alcanzado un acuerdo, y si posteriormente se interpone denuncia, muchas veces será porque dicho acuerdo no llegó o no se cumplió, con lo que la finalidad última es instrumental, gira en torno al exclusivo interés de la víctima, y no

al interés público en la persecución y castigo por parte del Estado de estas conductas delictivas¹.

Por esta razón, se debe dar curso a un proceso de sustitución, al menos parcial, del proceso penal por el sistema de la mediación, dentro del amplio abanico de supuestos susceptibles de mediar. Para ello, se hace necesario introducir en nuestro sistema procesal penal el denominado “principio de oportunidad”, siguiendo el modelo del Derecho procesal francés y portugués. No obstante, bastaría con acomodar este principio al proceso penal de adultos siguiendo el ejemplo de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que lo incorpora al Derecho español en materia de menores infractores.

El artículo 40 del Código de Procedimiento penal francés establece: “el Fiscal recibe las querellas y denuncias y aprecia el curso a dar a las mismas”. Esto significa que es el Ministerio Público el titular de la acción penal, quien impulsa la instrucción y quien puede solicitar el sobreseimiento de las actuaciones, de forma motivada, si considera que los hechos son de escasa entidad y, por tanto, injustificada la continuación de la causa.

Mediante reforma por Ley 93-2 de 4 de enero de 1993, se añade la siguiente redacción al artículo 41 del Código de Procedimiento penal: “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”. Así, pues, la mediación penal en Francia está contemplada legalmente desde el año 1993, decidiendo el Ministerio Fiscal qué asuntos son susceptibles de mediación y cuáles no.

El Código de Procedimiento penal francés debería ser un claro referente para nuestros legisladores, que deberían implantar en nuestro Ordenamiento jurídico el principio de oportunidad en el proceso penal, así como institucionalizar la mediación penal, tan demanda tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Esto permitiría también dar cabida al arbitraje en materia penal para determinados hechos delictivos, como podría ser los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, que actualmente

¹ Problemas de esta índole, englobados en la conocida como “crisis del sistema penal”, han sido denunciados, en base a su dilatada experiencia como Magistrado, por DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.: “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, en la Revista La Ley, año XXVII, núm. 6520, 6 de julio de 2006, pp. 1-23.

no son delitos privados, sino semipúblicos y, por tanto, una vez interpuesta denuncia por la persona agraviada constituyen materia de orden público, excluida por consiguiente del arbitraje.

Partiendo de estas premisas, el objetivo de la presente comunicación es incidir en una eventual viabilidad del arbitraje en determinadas materias penales, fundamentalmente en los delitos privados o semipúblicos cuyo origen sea un conflicto económico. No obstante, por las dificultades que conllevaría su implementación en la práctica forense, y a fin de que irrumpa con vocación de permanencia, como de hecho está sucediendo con la mediación penal, resulta imprescindible, para dar un paso adelante en esta dirección y abrir una brecha por donde tuviera cabida la arbitrabilidad de determinadas controversias penales, además del reconocimiento del principio de oportunidad, como ya hemos apuntado, que todos los operadores jurídicos profundicen más en esta ambiciosa alternativa, anticipando ventajas, cuestiones conflictivas, así como estudiando el Derecho comparado, fundamentalmente el anglosajón, donde ya existe la posibilidad de arbitrar materias de orden público².

II. DELITOS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE: UN RETO EN MATERIA PENAL

La denominación delito privado responde a la exigencia del Código penal de interponer previamente querrela por parte de la persona agraviada o de su representante legal o, en su caso, el Ministerio Fiscal³, para que el Juez pueda proceder contra estos hechos. El único delito privado previsto en el ordenamiento jurídico español son las injurias y calumnias contra particulares⁴. Por otro lado, los supuestos de delitos semipúblicos, que requieren presentación de denuncia para su persecución, son los siguientes: delito de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento⁵; delito de agresión, acoso o abusos sexuales⁶; delito de descubrimiento y revelación de

² En aras a la brevedad que preside este estudio, posponemos para un trabajo ulterior el análisis del Derecho anglosajón, dejando al menos apuntado esta posibilidad de arbitrar materias de orden público (“Trebel Damages” y “Punitive Damages”).

³ En el supuesto de que la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o persona desvalida.

⁴ El artículo 21.15 del Código penal señala que “nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo”.

⁵ Para proceder por este delito será preciso, según establece el artículo 161.2 del Código penal, “denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.

⁶ El tenor literal del artículo 191.1 del Código penal dispone: “para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o

secretos⁷; delito de abandono de familia, menores o incapaces⁸; daños causados por imprudencia grave⁹; delitos relativos al mercado y a los consumidores, salvo que afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas¹⁰ y delitos societarios¹¹.

En todas estas infracciones penales sería posible llevar a cabo un procedimiento de mediación con anterioridad a la formulación de la imputación, siempre que las partes así lo decidiesen. Ahora bien, en mi opinión también sería viable someter a arbitraje el delito privado o aquellos delitos semipúblicos que hayan ocasionado un conflicto económico, como el descubrimiento y revelación de secretos, daños causados por imprudencia grave, delitos relativos al mercado y a los consumidores, salvo que afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas o delitos societarios, en la medida que la pena es de naturaleza fundamentalmente indemnizatoria.

El fundamento de esta postura inédita lo encontramos en el artículo 2 de la Ley de arbitraje¹², cuyo tenor literal establece: “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho”. Llegados a este punto, deberíamos cuestionarnos si el delito privado o los semipúblicos son materias de libre disposición. Ateniéndonos a la redacción del Código penal, salvo que se trate de un menor de edad, incapaz o una persona desvalida, en cuyo caso también puede interponer la denuncia el Ministerio Fiscal y, por tanto, la materia sería de orden público, podemos afirmar que el delito privado y los semipúblicos son materias de libre disposición, al

querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal”.

⁷ De conformidad con el artículo 201 del Código penal, será necesario para proceder contra los delitos de descubrimiento y revelación de secretos: “denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.

⁸ Como preceptúa el artículo 228 del Código penal, estos delitos “sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.

⁹ Artículo 267 del Código penal: “Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos. Las infracciones a que se refiere este artículo sólo serán perseguidas previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida”.

¹⁰ Para poder perseguir estos delitos, el artículo 287 del Código penal preceptúa que “será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas”.

¹¹ Los hechos tipificados como delitos societarios sólo serán perseguibles, de conformidad con el artículo 296 del Código penal, “mediante denuncia de la persona agraviada o de su representantes legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.

¹² Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, posteriormente modificada por Ley 11/2011, de 20 de mayo.

quedar a la libre voluntad del ofendido o agraviado el ejercicio de la acción penal. Así, pues, nada impide la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, puedan someter estos hechos privados o semipúblicos, cuyo origen sea económico, a nuevos mecanismos de solución de conflictos como el arbitraje, ya se trate de un arbitraje en materia de Derecho societario, Derecho de los consumidores y usuarios, Derecho de la competencia etc., máxime cuando el arbitraje sigue siendo en la actualidad un término vago e impreciso cuyo objeto material está aún por determinar.

En cualquier caso, en materia de delito privado o semipúblicos si las partes además de poder optar por el arbitraje se decantasen por la mediación, con anterioridad a la formulación de la imputación de los hechos, no cabe duda que la resolución del conflicto sería de todo punto extrajudicial, esto es, al margen del órgano judicial, una vez hubiese sido implantado el principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico español.

III. UTILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO PENAL DE ADULTOS

El vigente Código penal español de 1995 prevé la reparación a la víctima tanto en la parte general, como en la parte especial. Así, pues, podemos afirmar que aunque la mediación no es reconocida expresamente por el Código penal, al menos encuentra su aplicación, aunque de modo sesgado, en la vertiente de reparación del daño causado a la víctima. A renglón seguido explicitaremos también aquellos supuestos que podrían ser susceptibles de mediación.

1. Parte general del Código penal

El artículo 21.5 del Código penal español recoge como una de las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, “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 juicio oral”. La consecuencia en cuanto a la aplicación de la pena encuentra su reflejo en el artículo 66.1.1ª del Código penal, al establecer que los Jueces y Tribunales “cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito”, siempre que se trate de un delito doloso y no concurra ninguna circunstancia

agravante¹³. En este sentido, consideramos que la reparación voluntaria del imputado, dado su esfuerzo y compromiso con la víctima, debería ser valorada especialmente por los Jueces y Tribunales, lo que permitiría considerar dicha reparación como una atenuante muy cualificada.

El artículo 83.1.6ª del Código penal contempla la posibilidad de que el Juez o Tribunal pueda condicionar la suspensión de la penas de prisión no superiores a dos años al cumplimiento de determinados deberes u obligaciones que estime convenientes, como “participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación y otros similares”. Aquí es donde, precisamente, el Juez o Tribunal podría introducir la mediación, en su vertiente de reparación del daño, a través de trabajos en beneficio de la comunidad, como uno de los posibles deberes. En cualquier caso, esta posibilidad queda supeditada al requisito básico que exige tanto la mediación como los trabajos en beneficio de la comunidad, esto es, que el condenado preste su consentimiento.

- Partiendo de una interpretación flexible del propio Código penal, podríamos llegar a deducir, siguiendo ejemplos en el ámbito del Derecho comparado, que la reparación conseguida a través de un proceso de mediación, llevado a cabo con posterioridad a la celebración del juicio oral e, incluso, durante la ejecución de la sentencia, podría favorecer la obtención de determinados beneficios, como por ejemplo la progresión de grado en el cumplimiento de una pena de prisión¹⁴. En este sentido, la reparación voluntaria del interno a través del mecanismo de la mediación, bien sea a favor de la víctima, lo que requeriría el consentimiento de ésta, o de la comunidad, podría valorarse por el Juez o Tribunal como una manifestación real de su evolución favorable. La utilidad de la mediación se vería reflejada en el interés del interno por

¹³ De conformidad con el artículo 66.1.2ª del Código penal “cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”.

¹⁴ En cuanto a la progresión en el grado de cumplimiento, el régimen vigente de ejecución de las penas de prisión en España responde a las características del modelo progresivo o individualización científica, según el cual la ejecución de la pena privativa de libertad se fragmenta en diferentes etapas, en el sistema español son tres, de conformidad con el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. A medida que el interno progresa de etapa se le otorgan mayores ventajas y privilegios. El progreso en las etapas se hace depender de la evolución favorable del interno. Establece el citado artículo 72 de la LOGPJ que “Las penas privativas de libertad se han de ejecutar según el sistema de individualización científica, separada en grados, el último de los cuales ha de ser el de libertad condicional, conforme al Código Penal...En ningún caso se ha de mantener un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión”.

reinsertarse en la sociedad, lo que implicaría su progresión en la clasificación a un grado superior y, consecuentemente, la obtención de mayores ventajas para él. Aquí entraríamos en lo que podemos denominar mediación penitenciaria, que también podría aplicarse a la libertad condicional y al indulto.

- El artículo 90 del Código penal establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados que estén clasificados en tercer grado de tratamiento penitenciario, que cumplan además otros requisitos, por ejemplo, “que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”. Esta circunstancia podría considerarse cumplida a través del mecanismo de la mediación con una reparación voluntaria y efectiva por parte del penado lo que, en nuestra opinión, facilitaría la emisión de un pronóstico favorable de reinserción social.

- En cuanto al indulto, en aquellos casos en los que por las características del delito cometido y las circunstancias del penado sea innecesaria, o incluso contraproducente, la ejecución de la pena impuesta, siempre que no cause alarma social ni opere en detrimento de la prevención general, la reparación voluntaria, a través de un proceso de mediación del condenado a favor de la víctima, cuando ésta haya prestado su consentimiento, puede ser valorado como argumento de peso suficiente para demostrar la resocialización del condenado y considerar innecesaria la pena.

2. Parte especial del Código penal

En el Capítulo V (Disposiciones comunes)¹⁵ del Título XVI del Libro II del Código Penal español, se regula la reparación del daño como atenuante específica en los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo¹⁶, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente¹⁷. En este tipo de delitos en los que la víctima no es una persona o personas individualizadas, sino que se trata de la comunidad, existen mayores posibilidades de poder llevar a término una reparación.

¹⁵ Concretamente, el artículo 340 del Código penal establece que “si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”.

¹⁶ Arts. 319 y ss. del Código penal.

¹⁷ Arts. 321 y ss. del Código penal.

Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 278¹⁸ y 804¹⁹ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en algunos supuestos, como la mayoría de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte y el delito de injurias y calumnias contra particulares, que no sean por escrito y con publicidad, se exige para el inicio del procedimiento acreditar previamente la celebración de un acto de conciliación o, al menos, haberlo intentado. Para estos delitos, iniciar un proceso de mediación resultaría siempre eficaz. De un lado, porque si se llegase a finalizar con un acuerdo se evitaría el proceso judicial, y, de otro, porque si dicho acuerdo no se llegase a alcanzar, la mediación iniciada serviría para acreditar el intento de conciliación, requisito necesario para admitir a trámite la querella.

¹⁸ Este artículo preceptúa: “Si la querella tuviere por objeto algún delito de los que solamente puedan perseguirse a instancia de parte, excepto el de violación o rapto, acompañará también la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación entre querellante y querellado. Podrán, sin embargo, practicarse sin este requisito las diligencias de carácter urgente para la comprobación de los hechos o para la detención del delincuente, suspendiendo después el curso de los autos hasta que se acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior”.

¹⁹ Este artículo señala que “no se admitirá querella por injuria o calumnia inferidas a particulares si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado sin efecto.”