

LA SEDICENTE MEDIACIÓN PENAL Y EL MODELO PROCESAL PENAL ESPAÑOL EN LA CRISIS DE LOS MODELOS PROCESALES

Prof. Dr. Manuel LOZANO-HIGUERO PINTO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Cantabria (España)

SUMARIO: **I.-** Preliminar: digresión sobre el principio acusatorio y su correcto entendimiento y alcance. La supuesta equivalencia entre atribución de la investigación y llevanza de la etapa preliminar al Ministerio Fiscal y el carácter genuino del principio acusatorio. Superior entidad garantista en la llevanza por el juez de la instrucción. Posiciones de J. Goldschmidt y Gómez Orbaneja. Principio acusatorio, principio de controversia, principio dispositivo. Enfoque o aspectos de lo acusatorio: técnico-dogmático (principio); filosófico-jurídico-político (sistema); político-social (modelo). Reflexión conclusiva respecto al alcance de los principios acusatorio, dispositivo, de la demanda y de controversia. Los modelos civiles de Taruffo. El método-sistema controversial neoguantista razonable. Iniciativas probatorias oficiales en la LEC. **II.-** El principio acusatorio en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 (ACPP 2013) y en el de 2011. Sus deficiencias gramaticales, dogmáticas e institucionales. La injusticia de sus críticas al juez instructor. **III.-** Encaje institucional de la mediación penal en los sistemas y modelos procesales penales y su ubicación en el fundamento y fines de la pena. La mediación como proyección de una concepción subjetivista y coexistencial de la tutela jurídica y del proceso. **IV.-** Los fines de la tutela procesal penal. Su evolución y reordenación axiológica: punicionismo, tutela de la inocencia del imputado, victimología. La potenciación de los derechos de la víctima. La máxima consideración y realce de la víctima en el proceso penal: el derecho de acción o acusación particular del ofendido. La acción como servicio que el ciudadano presta al Estado. **V.-** Desarrollo legislativo reciente sobre el papel de la víctima en el proceso penal. El principio de mínima lesividad de las víctimas (Ley 29/2011 de 22 de septiembre) como proyección del principio de

j. Determinaciones sobre lugar, tiempo y forma.

XIV. EPÍLOGO LAUDATORIO DE DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA. VOLVER A LOS 17. EL JOVEN DIEGO

Acertaba el maestro Borges cuando en trance análogo, que no semejante, al que hoy me ocupa afirmaba que no existía ni se había formulado una teoría del prólogo. Lo mismo he de decir en lo concerniente a una teoría del epílogo, sobre todo cuando este se enmarca en una obra de homenaje y el homenajeado es un amigo del alma de quien se lo dedica. Ahora bien, sentado que no existe una teoría del prólogo, obvio resulta que no concurren pautas a su ordenación, sistema, contenido y entidad e intensidad del tono encomiástico, que puede derivar desde lo encomiástico a lo sarcástico –el no me elogies o no me defiendas, compadre o amigo–. En mi caso huelgan ambos, por exceso o por defecto, y adaptando el popular verso entono preliminarmente: “A veces son innmerecidos los homenajes/ mas en el caso de Diego Luzón, él sobresale”. En efecto, como jurista, y en nuestro supuesto obligadamente, voy a tomar a préstamo algunas referencias literarias (lo que no es tradición es plagio, E. D’Ors) aquí sublimadas por el cariño que aflora en mi pluma y enmarca mi escritura.

Es cierto que (tal como señalaban Kipling y Borges) como todos los grandes hombres Diego ha sido y es muchos hombres, y en alguna de sus metamorfosis lo ha sido en grado excelso, le cumple a otros, con más autoridad y legitimación que la mía delimitar y glosar las respectivas efemérides. A mí sólo acudir a la relación humana y de amistad que nos une y para ello debo “*volver a los 17*” (tomo prestado el título de la canción de Violeta Parra, la payadora chilena de actualidad en el año 1966, que es al que retrocedo) para fijar temporalmente mi relación con *el Joven Diego* (el préstamo aquí lo tomo del insigne poeta Jorge Guillén⁴²). Vuelvo, pues, a los 17, ahí me encuentro, en octubre de 1966, con el Joven Diego, en la Facultad de Derecho de la hoy Universidad Complutense, cuando empezamos a cursar nuestros estudios de Licenciatura en Derecho (promoción 1966-1971). El primer y segundo curso, por razones numéricas y de aforo, se hallaban divididos en primero en tres y en segundo en dos grupos y, a tenor del primer apellido

⁴² GUILLÉN, Semblanza, en Homenaje a Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, Moneda y Crédito, 1977; y en Derecho y proceso, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 507-509.

(Lozano – Luzón), coincidimos pues en el mismo grupo. Entre nosotros surgió una especial química que aglutinó a otros compañeros: Nicolás González-Deleito, José-María García-Albertos Pérez, principalmente. Sí me importa matizar aquí ese Volver a los 17, en el sentido propio de que, en el caso de Diego, eran 16 los años, pues él es del 3 de noviembre de 1949; por mi parte el 14 de junio, una pequeña diferencia temporal.

El acceso a la Universidad supuso un cambio copernicano en mi vida y un impacto decisivo en mi alma joven (H. Hesse, Demian). Con independencia de los maestros académicos, otros compañeros, en diversos niveles y proyecciones, lanzaron la piedra y movieron las ondas en mi pozo interno: José María Méndez-Castrillón (Pipo), que recientemente se ha jubilado como Registrador de la Propiedad de Madrid y que, además de su fino instinto y preparación jurídicos, tenía, y mantiene acrecentada, una cultura histórica notable; Carlos Martínez García, luego Inspector Financiero y Tributario, dotado de una sensibilidad y profundidad psicológicas poco comunes, dominador de una cultura literaria exquisita que me descubrió a Hesse y su obra Demian, la novela de juventud que tanto me ha influido; Fernando de la Cuesta, luego Inspector de Trabajo e Inspector Financiero y Tributario, tan organizado, minucioso e imperturbable; Paco Salvador, Registrador de la Propiedad; el malogrado Teodoro Granados, etc., que me disculpe alguno de los queridos compañeros si mi memoria le omite involuntariamente, en una promoción que ha contado con personajes destacados en nuestro país: María Emilia Casas (presidente del TC y Catedrática de Derecho del Trabajo), José Amérigo (Notario de Madrid), Santiago Cardelús (Notario de Madrid), Dámaso Ruiz-Jarabo, Miguel Cuenca Valdibia, etc., y particularmente Santiago Muñoz Machado, que se incorporó tardíamente a nuestra promoción (en 3.er curso), brillante Catedrático de Derecho Administrativo y, singularmente, en este nuestro país, reino del oxímoron, Director de la RAE; además en la proyección política: Rodrigo Rato (vicepresidente del Gobierno), Isabel Tocino Biscarolasaga (profesora titular de Derecho Civil y autoproclamada doctora en sedicente Derecho nuclear (sic) además de ministra), o Javier Borrego (Abogado General en Luxemburgo y conspicuo magistrado en la Sala 3.ª del Tribunal Supremo).

Otros compañeros de promoción (1966-1981) quizás merecerían ser mentados: algunos mantuvieron con nosotros, durante la carrera, un contacto de mayor intensidad, así Javier García Fernández, que alcanzó la cátedra de Derecho Constitucional, hoy en la Complutense, pero que entonces se dedicaba más a la política que al Político. Hago gracia

de algún otro que ha obtenido cátedra universitaria en Derecho. Durante la carrera no mostró especial inclinación ni preparación para la legislación y la ciencia del Derecho. Sí me gustaría destacar un caso singular, el de una delicada y admirable compañera, que no necesitó brillar con especiales inclinaciones jurídicas entonces, puesto que el destino le tenía reservado un lugar especial en el firmamento de los ungidos: Evangelina Sobredo Galanes (la exquisita y malograda cantautora Cecilia), quien, junto con su hermano, cursó coetáneamente con nosotros. Estoy seguro de que el Dios de su fe la acogió entre sus estrellas y la tierra le ha sido leve.

Nunca se lo dije, pero Diego fue mi primer maestro jurídico, el espejo en que me miré para transitar el itinerario de la Ciencia del Derecho. Me explico, cuando accedía a la Universidad, en octubre de 1966 mi bagaje cultural era muy limitado. En mi familia no existía tradición universitaria, mucho menos jurídica obviamente. No tenía en casa ninguna biblioteca, ni familiar que dispusiera de ella. Diego, hijo de un ilustre y sobresaliente Fiscal y también doctor, publicista y profesor universitario (Manuel Luzón Domingo) y de una saga de fiscales renombrada, entraba en la Universidad provisto de un equipaje jurídico apreciable y habiendo bebido en las fuentes jurídicas sin necesidad de salir del domicilio familiar. A su lado me ponía constantemente en una posición esponjosa, empapándome de sus diálogos, y no sólo jurídicos. Así recuerdo que, por su medio, conocí la escuela filosófica de Francfort: Adorno, Benjamin, Marcuse, Habermas, Fromm, etc., que entonces me deslumbraron – mis conocimientos del pensamiento filosófico apenas pasaban de los libros de texto de bachillerato y esos autores (que puso a nuestro alcance la excelente colección El libro de bolsillo de Alianza Editorial, cuyo conocimiento también debo a Diego) me parecían entonces la cumbre del pensamiento y la modernidad, en particular esa mezcla y adaptación del neohegelianismo, marxismo y psicología freudiana, que fue la papilla ideológico filosófica que degustábamos con fruición entonces. Hoy me resultan un pastiche indigestible de charlatanería hegeliana, totalismo y pseudociencias psicológicas insoportable. Pero cierto es que, entonces, eran el no va más.

Mis charlas con Diego sobre cuestiones de las asignaturas eran, pues, constantes y así yo bebía y bebía conocimientos jurídicos tamizados por el filtro de su consejo y su experiencia. Resultó, pues, impagable su compañía en el curso 1966-1967. En aquel año 1967 apareció en su vida Julita, y en la nuestra obviamente también, pues acudía con

frecuencia a esperar a Diego a la salida de las clases. Desde entonces, su luego fiel esposa y compañera le ha dado dos espléndidos hijos, Enrique y Ana Cristina, y una vida de entrega y compañía, en los momentos buenos y en los no tan buenos. Impulsando y fomentando su carrera universitaria, en España y singularmente en Alemania, regando y cultivando ese jardín de vivencias comunes en senderos que jamás se bifurcaron. No puedo dejar de mencionar aquí una anécdota con Diego que, si de perfiles borrosos por el paso del tiempo, el núcleo ha permanecido inmarcesible en mi memoria, acaeció en el curso (2.º) 1967-1968, se trataba de la asignatura de Derecho Civil I, de la que era titular el profesor Federico de Castro, quizás el civilista más insigne que ha dado España, pero lamentable docente, de difícil carácter y políticamente deleznable por su notable filonazismo o fascismo. En una clase preguntó por el texto de un artículo del Código Civil, y nadie supo penetrar en el texto ni en el contexto, salvo Diego, que apuntó que el problema era una coma mal colocada.

En segundo curso, para mí difícil debido a una enfermedad que padecí y que me hizo ausentarme varios meses del devenir académico, conocimos a Jorge de Esteban, Profesor de Derecho Político II, que sustituyó al Catedrático Luis Sánchez Agesta y que tuvo una importancia decisiva en la carrera ulterior de Diego y de la mía. En efecto, J. de Esteban, a raíz de un examen parcial que puso en la asignatura, al leer mi examen y calificarlo, quedó gratamente sorprendido por el nivel de mi exposición y a través del Delegado de Curso, José Luis Herce, me hizo llamar a su despacho y me felicitó. Ahí se inició una relación que no tuvo continuidad, en aquel momento, académicamente, pues por mi situación familiar yo necesitaba ganar dinero con premura y no podía irme al extranjero a ampliar conocimientos (concretamente a París) como pretendía J. de Esteban, pero nuestra relación continuó. Un día le comenté a J. de Esteban que tenía un compañero y amigo que estaba muy interesado por el D. Penal, Jorge me dijo que su mejor amigo era el prof. E. Gimbernat, quien, sin pasión de amigo desde el bachillerato, era para él el más brillante penalista español y con un brillante curriculum en Alemania. Le pedí que si podía presentarle a Diego. Así se hizo y yo pedí encarecidamente a Gimbernat, con atrevimiento infinito, que apoyase y orientase a Diego en su carrera universitaria. De la ulterior relación de maestro y discípulo, como así lo fueron desde aquel día, hago gracia y declino en plumas mejor informadas. En 2.º curso el Derecho penal, Parte General, nos fue explicado por José Cerezo Mir, gran penalista, brillante docente y mejor persona, que había

sustituido al prestigioso y admirado, personal, política y científicamente, ejemplo de sobriedad y elegancia humana, José Antón Oneca. En tercer curso acaeció la relación relatada entre E. Gimbernat y Diego. En ese curso accedió a la Cátedra para impartirnos clase de Penal, Parte Especial el laborioso, pero chusco y plano, José M.^a Rodríguez Devesa, con quien, por defender la brillantez de Gimbernat en unas oposiciones a cátedra que no obtuvo (coincidió con la muerte de su insigne maestro Antonio Quintano Ripollés), tuve un roce que motivó que R. Devesa me enfilara y me calificara con un escueto notable.

Diego empezó, pues, a labrar su futuro como penalista y a orientar su vocación germanista (Goethe-Institut, aprendizaje de la lengua alemana, etc.), y ello supuso que tuviese que alternar y repartir su asistencia a las clases de la Facultad y las de lengua alemana. Pero nuestra amistad seguía indeleble, aunque la coincidencia en clase fuera más ocasional; cuarto y quinto curso se desarrollaron, pues, de forma más intermitente en nuestra coexistencia en la Facultad, aunque sí recuerdo anécdotas concretas notables: En cuarto curso, con un brillante elenco de profesores, diezmado por el funcional, pero antipedagógico troceamiento en grupos de alumnos, nos sucedieron anécdotas jugosas, de algunas de las cuales hago gracia. Así la coincidencia en clases fastuosas de Procesal impartidas por Jaime Guasp, con su oratoria profesoral inigualable y sus ejercicios de pirotecnia intelectual sorprendentes, con aquel torrente dialéctico y multidisciplinar de Guasp, al que los filo marxistas "oficiales" quisieron "trincar" y debatir con él respecto a la entonces idolatrada, y hoy nefanda, doctrina marxista. Pujas dialécticas en las que sólo Diego llegó a aproximarse a las cumbres guaspianas. Pero quiero aquí detenerme en Derecho del Trabajo, donde Gaspar Bayón nos deparó un lugar especial entre el alumnado. Omito por qué a mí, pero sí menciono el caso de Diego. Se abordaba en clase a principios del curso, en octubre, el papel de los convenios colectivos en el sistema de fuentes, Bayón pidió un voluntario para que lo explicara a los restantes compañeros. Se levantó Diego e hiló un desarrollo *pari passu* entre lo armonioso, lo sistemático y lo multidisciplinar. Bayón, entre sorprendido y admirado, tras felicitar a Diego y ponerlo como ejemplo, aseveró que, en 40 años de experiencia docente, no había escuchado una exposición semejante de brillantez y profundidad y anticipó que Diego se había ganado ya la matrícula de honor como nota final de la asignatura. La anécdota de la coma civilística castriana, quedó sublimada por la exposición por Diego de la ubicación y papel

de los Convenios colectivos en el sistema de fuentes. El genial Carnelutti nos legó aquella caracterización del Convenio como alma de ley y cuerpo de contrato. Permítaseme, para coronar la anécdota, parafrasearla ahora diciendo que allí, en esa fausta ocasión, Diego demostró que tenía cuerpo de alumno y alma de catedrático.

En el quinto y último año de la licenciatura recuerdo, particularmente, que yo le acompañé a una entrevista con José Almagro (entonces recién llegado como Prof. Agregado a la Facultad y que años después –10– sería mi maestro) a fin de que le permitiera sustituir por un trabajo ciertas obligaciones discentes en los inminentes cursos de doctorado mientras Diego desarrollaba una estancia en Alemania. Terminamos la carrera en el verano de 1971 y, mientras que Diego había cursado las milicias universitarias en los dos veranos anteriores, yo inicié en ese verano la mili normal. Quiero recordar que aquí sucedió la anécdota de nuestro examen de Licenciatura, en que ambos obtuvimos sobresaliente, y luego el de premio extraordinario

A la sazón yo estaba cumpliendo el servicio militar ordinario en el regimiento Wad-Ras 55, sito en Campamento (Madrid), División Acorazada Brunete 1. Era un regimiento de intervención inmediata, para la fecha del examen de premio extraordinario se habían programado unas maniobras del regimiento, y gracias a los buenos oficios de un teniente del regimiento, Fulgencio Coll Bucher (que luego ha tenido una relevante carrera militar: teniente general, Jefe de la UME, la Unidad Militar de Emergencias, Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra), pude quedarme en el cuartel de retén. El día del examen, por la mañana temprano Diego fue a buscarme en mi propio coche (un Seat 600) al cuartel y de tapadillo, me cambié en el coche la ropa militar por la civil y nos fuimos al examen. El examen consistía en una preselección de temas, de los cuales se sorteaban para seleccionar 2; los temas fueron: “Derecho Mercantil y Derecho Fiscal, influencia de aquel sobre este”, y “El subcontrato”. Dos temas, pues, de marcado corte privatístico. Nos “encerraron” a los candidatos, creo que no llegábamos a la decena, para desarrollar el ejercicio. Habida cuenta de mi mayor formación e inclinación privatística en aquel entonces, Diego se apoyó en mí, mientras observábamos cómo funcionarias de la Biblioteca de la Facultad entraban y pasaban libros y revistas a María Emilia Casas, consorte del profesor de la Facultad Jesús Leguina Villa. Concluyó el examen, yo volvía a mis menesteres militares y Diego a su preparación germánica. Días después salieron las notas y creo recordar que se otorgaron 3 premios extraordinarios: a Diego, M.^a Emilia

Casas y José M.^a Rodríguez Piñero. Un par de días después Jorge de Esteban me dio la explicación de las calificaciones: que el examen más brillante era el de Diego y el mío, pero que se había decidido premiar a los que iban a desarrollar carrera universitaria y, como quiera que yo no me iba a dedicar a la Universidad, se primó a los otros; le pregunté el caso del alumno Rodríguez Piñero (al parecer sin relación con el laboralista) y me dijo que a este lo había apoyado intensamente el catedrático de la Facultad profesor Jesús Rubio García-Mina. Resultado: Diego y María Emilia se han dedicado a la Universidad, donde han desarrollado una brillante carrera universitaria, el Sr. Rodríguez Piñero, no, y su mentor el prof. Rubio está emparentado con la familia de mi esposa.

Transcurrieron unos años en que nuestros caminos se apartaron. Diego en Alemania y luego en España. Yo preparé unas oposiciones a la Administración Pública, trabajé como Letrado urbanista en el Ministerio de la Vivienda y después fui a León, me casé y ejercí como letrado asesor de empresas. En un determinado momento me pudo mi conexión docente e investigadora y decidí realizar los cursos de doctorado y la tesis doctoral, y no en Derecho Político/Constitucional sino, por una carambola del destino, en la UNED obligado por mi residencia en León, aunque viajaba a Madrid casi todas las semanas. Y en la UNED trabé relación con José Almagro, que me pidió que me vinculase a su magisterio y a la UNED. Así lo hice, primero como profesor ayudante y luego como adjunto contratado. Presiones de mi entonces esposa en su afán de vivir en León, su tierra, me forzaron a querer volver a León y abandonar Madrid. Y ahí surgió otra vez Diego, quien ocupaba el puesto de Vicerrector de Profesorado en la Univ. de León y tiró de mí, promoviéndome a una plaza en la Facultad de Derecho de esta Universidad. Allí, Diego me recibió con los brazos abiertos y, por su impulso, ocupé además el cargo de asesor jurídico y *de facto* el de vicesecretario a sus órdenes. Nuestra amistad se intensificó, pero ulteriormente, en mi afán de ascender en el *cursus honorum*, oposité a diversas plazas, obteniendo la cátedra de la Universidad de Cantabria. Pero ya vinculados y unidos en el bucle académico y vital que se inició en la Universidad y en ella nos jubilamos, con diversas vicisitudes profesionales y familiares.

Por ello, con inmenso placer y desbordada gratitud, acudo gustoso a contribuir a tu merecidísimo homenaje, querido Diego, mi sincero amigo y coetáneo maestro. Dos veces lanzaste piedras al pozo de mi alma joven. En un 1966 para que se expandieran las ondas jurídicas a quien lo ignoraba todo del Derecho y de los hombres y los tiempos que

lo forjaron. En 1983, apoyándome y llevándome junto a ti a la Universidad de León, en un momento crítico de mi estabilidad familiar. El estigma de Caín, que signa a los elegidos, yo siempre lo avizoré y lo hallé en ti desde 1966. Y hoy sigue perdurando desde tu frente a la sien para recordarnos que 54 años no son nada y a la vez son todo y que la mirada febril siempre resplandece en tu ejemplo, tu enseñanza y tu amistad. Gracias eternas.